

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**



**TESIS DOCTORAL**

**Nueva perspectiva de la génesis y perfección  
contractual**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

**Laura Larios Moreu**

DIRECTOR

**Carlos Cuadrado Pérez**

**Madrid, 2017**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL



**NUEVA PERSPECTIVA DE LA GÉNESIS Y  
PERFECCIÓN CONTRACTUAL**

**TOMO I**

**TESIS DOCTORAL**

**DOCTORADO EN ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL**

AUTORA: LAURA LARIOS MOREU

DIRECTOR: Dr. D. CARLOS CUADRADO PÉREZ

Profesor Titular de Derecho Civil

Madrid, Septiembre 2015

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>3</b>

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE LA OFERTA DE CONTRATO**

<b>I. Concepto y naturaleza .....</b>	<b>27</b>
<b>1. Concepto .....</b>	<b>27</b>
<b>2. Naturaleza .....</b>	<b>33</b>
<b>II. Requisitos de la oferta .....</b>	<b>37</b>
<b>1. Determinación y determinabilidad .....</b>	<b>38</b>
<b>a. Elementos necesarios de la oferta .....</b>	<b>41</b>
<b>i. Código Civil vigente .....</b>	<b>42</b>
<b>ii. Antecedentes de la Propuesta de Modernización ....</b>	<b>45</b>
<b>b. Supuesto especial: El precio .....</b>	<b>51</b>
<b>i. Código Civil vigente .....</b>	<b>52</b>
<b>ii. Propuesta de Modernización .....</b>	<b>56</b>
<b>iii. Antecedentes de la Propuesta de Modernización ....</b>	<b>58</b>
<b>iv. Criterios de determinación del precio: .....</b>	<b>62</b>
<b>v. Determinación unilateral del precio .....</b>	<b>65</b>
<b>vi. Fijación unilateral de otras circunstancias .....</b>	<b>67</b>
<b>vii. Determinación del precio por un tercero .....</b>	<b>69</b>
<b>2. Voluntad de obligarse .....</b>	<b>74</b>
<b>a. Declaraciones de voluntad excluidas .....</b>	<b>74</b>
<b>b. Diferenciación entre tratos preliminares y oferta .....</b>	<b>77</b>
<b>c. Plasmación del requisito .....</b>	<b>80</b>

d. Parámetros para la concreción de este requisito .....	81
e. Interpretación: Corrientes objetiva y subjetiva .....	82
f. Propuesta de Modernización vs. Antecedentes .....	85
g. <i>Invitatio ad offerendum</i> .....	90
3. Dirigida a una o varias personas determinadas .....	94
a. Determinación de los destinatarios .....	97
b. Naturaleza recepticia .....	98
c. Ofertas dirigidas al público. Especial referencia al Comercio Minorista y al TRLGDCU .....	102
i. Ofertas dirigidas al público .....	102
ii. Especial referencia al Comercio Minorista .....	106
iii. Especial referencia al TRLGDCU .....	108
iv. Conclusiones .....	114

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EXTINCIÓN DE LA PROPUESTA CONTRACTUAL

I. Especial referencia a la revocación como modo de expiración de la oferta ...	117
1. Principio general de revocabilidad .....	117
a. Revocabilidad vs. Fuerza vinculante .....	117
b. Carácter recepticio .....	121
2. Excepciones a la revocabilidad .....	121
a. Atribución por el oferente .....	122
b. Fijación de un plazo para la aceptación .....	124
c. Confianza en el carácter irrevocable de la oferta .....	129
3. Responsabilidad a causa de la revocación .....	130



<b>II. Otras causas de extinción de la oferta .....</b>	<b>137</b>
<b>1. Transcurso del plazo .....</b>	<b>139</b>
<b>a. Plazo mínimo. Fuerza vinculante de la oferta .....</b>	<b>142</b>
<b>b. Plazo máximo .....</b>	<b>144</b>
<b>i. Plazo máximo de duración .....</b>	<b>145</b>
<b>ii. Plazo máximo para la revocación .....</b>	<b>146</b>
<b>2. Retirada: Tempestiva y tardía .....</b>	<b>150</b>
<b>3. Rechazo: expreso y tácito .....</b>	<b>155</b>
<b>4. Otros motivos .....</b>	<b>157</b>
<b>a. Imposibilidad inicial del objeto .....</b>	<b>157</b>
<b>b. Ofertas sucesivas .....</b>	<b>160</b>
<b>c. Cruce de ofertas .....</b>	<b>160</b>

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **LA ACEPTACIÓN CONTRACTUAL: CONCEPTO Y MODALIDADES**

<b>I. Concepto y características generales .....</b>	<b>164</b>
<b>II. Tipos de manifestaciones de voluntad .....</b>	<b>169</b>
<b>1. Expresas y tácitas .....</b>	<b>169</b>
<b>a. Ofertas tácitas .....</b>	<b>175</b>
<b>i. Planteamiento .....</b>	<b>175</b>
<b>ii. Análisis de supuestos controvertidos .....</b>	<b>181</b>
<b>ii.1. Máquinas automáticas .....</b>	<b>181</b>
<b>ii.2. Exhibición de productos en escaparates .....</b>	<b>184</b>
<b>ii.3 Relaciones contractuales de hecho .....</b>	<b>186</b>
<b>ii.4. Oferta tácita de mandato .....</b>	<b>190</b>

ii.5. Ejecución por el oferente .....	197
b. Presuntas .....	204
2. Silencio o inacción .....	205
a. Cuestiones Generales .....	205
b. Clases de silencio .....	208
3. Comienzo de la ejecución de un contrato .....	214

## CAPÍTULO CUARTO

### POSIBLES CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA ACEPTACIÓN

I. Transcurso del plazo .....	224
1. Oferta verbal .....	231
2. Excepción: Aceptación tardía. Convalidación por el oferente .....	235
3. Excepción: Problemas en la transmisión. Objeción del oferente .....	245
4. Cómputo del plazo .....	249
II. Retirada .....	251
III. Contraoferta .....	257
1. Incidencia de las alteraciones en la oferta .....	258
a. Reglas sobre la congruencia entre la oferta y aceptación .....	259
b. La Propuesta de Modernización del Código Civil y sus antecedentes: Postura y matices .....	266
2. Batalla de formularios entre comerciantes .....	279
a. Propuestas doctrinales sobre la <i>Battle of forms</i> .....	279
b. Antecedentes de la Propuesta de Modernización .....	285
c. Contraste de la Propuesta de Modernización del Código Civil con sus predecesores .....	292

3. Confirmación escrita entre comerciantes .....	294
--	-----

## CAPÍTULO QUINTO

### UNA CUESTIÓN COMÚN A LA OFERTA Y A LA ACEPTACIÓN: SU SUSTANTIVIDAD

I. Planteamiento .....	299
II. Corrientes doctrinales: Tradicional e Innovadora .....	300
1. Tradicional: Negación de la sustantividad .....	301
a. Argumentos a favor .....	301
b. Críticas .....	305
c. <i>Tertium genus</i> .....	317
2. Innovadora: .....	324
3. Postura asumida por los antecesores de la Propuesta de Modernización del Código Civil .....	331
4. Valoración de la opción adoptada por la Propuesta de Modernización del Código Civil .....	336

## CAPÍTULO SEXTO

### LA CULMINACIÓN DEL ITER FORMATIVO CONTRACTUAL

I. El momento de la perfección del contrato .....	342
1. Precisiones conceptuales y terminológicas preliminares .....	342
2. Teorías doctrinales para la fijación del momento de perfección de los contratos .....	351
a. Introducción .....	351
b. Teorías existentes .....	354

i. Teoría de la emisión o de la declaración .....	354
ii. Teoría de la cognición o del conocimiento .....	355
iii. Teoría de la expedición o de la remisión .....	357
iv. Teoría de la recepción .....	358
3. Previsiones del Código Civil y del Código de Comercio antes de la LSSI .....	358
a. Introducción .....	358
b. Antecedentes .....	360
c. Versión primigenia del artículo 1.262 del Código Civil .....	362
i. Encuadre y relaciones sistemáticas .....	362
ii. Criterios para fijar el momento de la perfección contractual .....	365
ii.1. Artículos 1.262, nº 2 del Código Civil y 54 del Código de Comercio .....	365
ii.2. Otros sistemas de comunicación para alcanzar la perfección contractual .....	373
ii.2.1. Cuestiones Generales .....	373
ii.2.2. Telégrafo .....	377
ii.2.3. Teléfono .....	378
ii.2.4. Télex .....	379
ii.2.5. Fax .....	381
ii.2.6. Medios electrónicos .....	383
4. Disposición adicional cuarta de la LSSI .....	387
a. Antecedentes .....	387
b. Nuevo criterio de los artículos 1.262, nº 2 del Código Civil y 54, nº 1 del Código de Comercio .....	391
i. Cuestiones comunes .....	391
ii. Contratación entre ausentes .....	394

ii.1. Regla general .....	395
ii.2. Regla subsidiaria .....	396
c. Contratos celebrados mediante dispositivos automáticos .....	401
d. Dictamen del Consejo de Estado .....	408
5. Propuesta de Modernización del Código Civil .....	413
a. Nuevo planteamiento .....	413
b. Orígenes: Precursores y otras posturas .....	420
II. El lugar de la perfección del contrato .....	429
1. Coincidencia entre la versión primigenia del artículo 1.262, nº 2 del Código Civil y la Disposición Adicional Cuarta de la LSSI .....	429
a. Planteamiento General .....	429
b. Dispositivos automáticos y Contratos electrónicos .....	435
c. Conclusiones Generales .....	441
2. Propuesta de Modernización del Código Civil .....	444
 CONCLUSIONES .....	 450
BIBLIOGRAFÍA .....	468
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA .....	489
ABSTRACT .....	497

## ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Civil
Ad. ex.	<i>Ad exemplum</i> (por ejemplo)
Art(s).	Artículo(s)
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código civil alemán)
C.C.J.C.	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
Cit.	Citada
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
EDIC.	Edición
F.	Fascículo
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
LUF	Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales
LUVI	Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales
Nº/núm.	Número
P.	Página
P. J.	Poder Judicial
PECL	Principios de Derecho Contractual Europeo
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCE	Revista de la Contratación Electrónica
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDPatr	Revista de Derecho Patrimonial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
T.	Tomo
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
V. gr.	<i>Verbi gratia</i> (por ejemplo)
Vid.	<i>Videatur</i> (Véase)
Vol.	Volumen

## INTRODUCCIÓN

El punto de partida de la presente investigación es la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (en adelante, la Propuesta de Modernización del Código Civil), elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, y publicada por el Ministerio de Justicia en el Boletín de Información de Enero de 2009. La conveniencia de la citada Propuesta se justifica en la nota introductoria que la acompaña en la necesidad de reformar la regulación de nuestro señero Código Civil sobre obligaciones y contratos. Esta posibilidad fue objeto de enconados debates doctrinales en nuestro país, así como también en naciones de nuestro entorno cuyas previsiones proceden de la etapa codificadora, si bien las discusiones decrecieron por la patente falta de interés del legislador. La Propuesta de Modernización ha reactivado dicha controversia, y evidencia la preocupación científica, y, en menor grado, institucional sobre la modificación apuntada.

La condición del órgano autor de la Propuesta de Modernización como máxima autoridad en el asesoramiento al Ministerio de Justicia en las tareas prelegislativas, así como la valía intelectual de sus componentes individuales nos convencieron de la seriedad de este proyecto normativo. Por otro lado, pese a que las proposiciones normativas de la Comisión General de Codificación no vinculan al departamento ministerial afectado, y de que se observe la pérdida de cierto grado de influencia, creemos que la trascendencia de la materia que nos ocupa propiciará que el legislador atienda a las sugerencias formuladas por dicho organismo. Además, este proyecto de reforma parcial del Código Civil se alinea junto a las modernas tendencias del Derecho contractual asentadas tanto en el plano internacional como en la órbita europea, pero también integra las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales patrias que han logrado aunar mayor consenso, lo que refuerza su patente relevancia, al menos con carácter inicial.

Por consiguiente, la reforma que, en su caso, se acometa obedecerá a tales orientaciones, en mayor o menor medida. En esta dirección, debemos aludir al reciente proyecto de Propuesta de Código Civil que ha concebido la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que, en este momento, se encuentra en fase embrionaria. No obstante, podemos destacar que el texto de referencia al que se atribuye mayor relevancia es la citada Propuesta de Modernización. Las razones que se aducen son, por un lado, el reputado prestigio de los juristas implicados en su elaboración; por otra parte, la valoración de la postura sostenida por los autores y en los pronunciamientos jurisprudenciales patrios; y, por último, la consideración



como modelos de los mismos instrumentos legislativos y proposiciones de reforma no vinculantes. En consecuencia, hemos estimado oportuno en el tiempo y acertado desde una perspectiva científica centrar nuestra investigación en el análisis de los cambios preconizados por la Propuesta de Modernización del Código Civil.

El Código Civil vigente en nuestro país fue publicado en la «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889, en virtud del Real Decreto de 24 de julio anterior. Desde esa lejana fecha hasta nuestros días, este cuerpo normativo ha sufrido la modificación o supresión de varios de sus preceptos, así como la adición de otros nuevos. Sin embargo, la normativa sobre obligaciones y contratos ha permanecido prácticamente incólume desde la época de su promulgación. Paradójicamente, es la parte del Derecho civil, junto al Derecho de familia, que ha experimentado una evolución ciertamente significativa, pero, a diferencia de esta última rama, esos cambios no han encontrado acomodo en el Código Civil, ya que se han realizado por vía legislativa extracodicial. De esta forma, hemos presenciado una patente deslocalización de las disposiciones civiles hacia leyes especiales, fenómeno que también ha afectado a otras disciplinas jurídicas.

La reglamentación contenida en el Código Civil vigente sobre el contrato responde a escasas disposiciones generales, la enumeración y desarrollo de los requisitos para su validez, preceptos relativos a su eficacia, normas para la interpretación y artículos referidos a las figuras de la rescisión y nulidad. Como requerimiento ineludible, destaca la exigencia del consentimiento de los contratantes, al que se refieren los artículos 1.258, 1.261 y 1.262. Sin embargo, el Código de Derecho Común no prevé ninguna regulación en torno a la fase de formación del contrato, y contempla someramente la perfección del mismo. Esta clamorosa ausencia, junto a la confusión imperante sobre la categoría del incumplimiento contractual, son los principales argumentos que, en síntesis, han propiciado que una gran parte de nuestra doctrina reclame la reforma del Derecho de obligaciones y contratos.

La doctrina más autorizada asevera que nuestro Código Civil recibió la influencia directa de su homónimo francés, y, al igual que éste y otros cuerpos legislativos alumbrados a raíz de la codificación europea –en especial, los pertenecientes a la tradición jurídica romanista–, representa los ideales del iusnaturalismo racionalista y del individualismo jurídico que imperaban en dicha etapa histórica. Por consiguiente, todos ellos adoptan la premisa inicial según la cual “*solus consensus obligat*”, de manera que conciben el contrato como el resultado exclusivo del acuerdo de voluntades, al que llegan las partes desde un mismo plano de libertad e igualdad. En reacción a épocas pretéritas, se afirmaba sin ambages la primacía de la persona y la igualdad ante la Ley de todos los hombres, con

independencia de su condición personal o profesional, y de su capacidad económica. Por otro lado, la sociedad española descansaba en una economía agraria y de pequeños comerciantes.

Nada resulta más ilustrativo que la relectura de las Bases 19 y 20 de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, mediante la que las Cortes autorizaron al Gobierno a publicar un Código Civil, si bien sujeto a las condiciones establecidas en dicha norma. Frente al detalle de las otras bases, la correspondiente a las obligaciones se limita a enumerar los distintos aspectos que se debían abordar, pero no proporciona los axiomas sobre los que debería sustentarse la regulación concreta. En cuanto a los cimientos para la normativa contractual, la única máxima de carácter general se circunscribe a que el vínculo obligatorio debía obedecer únicamente a la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes, aun cuando la transmisión del dominio requiriera otras solemnidades o se exigiera el otorgamiento de escritura pública en determinados casos. Asimismo, la propia redacción utilizada refleja la consideración de los contratos como una fuente más de las obligaciones.

Salvo el mandato referido a la explícita previsión de las condiciones del consentimiento –capacidad y libertad–, todas las demás cuestiones relativas al contrato se remiten a los axiomas consagrados en las legislaciones modernas. En consecuencia, el único principio que podemos inferir de la Base 20 es el de la autonomía contractual. Asimismo, no se colige que el legislador decimonónico entendiera la operatividad del contrato como herramienta para el desarrollo económico, dado el contexto socioeconómico existente en esa época. Se observa una visión artesanal de la figura del contrato, en la que éste se alcanza previa negociación directa y breve entre las partes, durante la cual se abordan todos los términos del mismo. Igualmente, parece concebirlo como un mecanismo restrictivo de la libertad individual, y, por tanto, exige la rigurosa presencia de tres requisitos para reconocer su celebración: consentimiento, objeto y causa.

El efecto práctico de dicha concepción derivó en serias dificultades para concluir contratos, lo que no ayudaba a dinamizar las transacciones comerciales. Por lo que concierne a esta investigación, ese planteamiento también condujo a que el codificador decimonónico entendiera innecesario afrontar el proceso generador del contrato, así como las circunstancias determinantes de su perfección. A pesar de que estimamos que el punto de partida no era acertado, y que no se ajustaba a las circunstancias históricas de esa etapa, las numerosas y cruciales transformaciones acaecidas en nuestra sociedad desde la publicación del Código Civil aconsejan la revisión de la postura indicada. En cuanto al panorama económico, han surgido diversos modelos y políticas, pero todos ellos alejados por completo de la estructura

decimonónica, ya que el motor de la economía se ha identificado con la actividad empresarial y comercial, y éstas se basan en acuerdos con valor contractual.

Pese a los altibajos acontecidos, a veces con una repercusión social muy negativa, podemos afirmar que, desde el último tercio de siglo pasado, el mundo occidental ha alcanzado una situación de pujanza económica que se aleja por completo de la coyuntura presente a finales del siglo diecinueve. Esta evolución ha propiciado la aparición de un nuevo personaje en el escenario económico, el consumidor o usuario, dado que, debido a la mejoría económica generalizada, los particulares han adquirido el suficiente poder adquisitivo para desempeñar un papel relevante. Por otro lado, el poder estatal también ha experimentado un giro trascendente, de forma que ha pasado de situarse como un mero garante de las libertades de los ciudadanos a respaldar el interés común. Este nuevo objetivo ha conllevado, entre otros efectos, la intervención activa del aparato del Estado a fin de proteger a determinados colectivos, y, obviamente, los derechos inherentes a los mismos.

Además, durante el pasado siglo veinte, hemos asistido a un desarrollo inventivo sin precedentes en la Historia, y, entre las innovaciones que afectan a la presente investigación, destacan el perfeccionamiento y la rapidez lograda por los medios de transporte y las vías de comunicación. Para describir este inusitado progreso se ha acuñado una expresión cuyo uso se ha generalizado, incluso por parte del legislador, comunitario y nacional, y que resulta muy descriptiva de los avances alcanzados: la “Sociedad de la Información”. Igualmente, se ha extendido el empleo de la locución “Aldea Global” para resaltar otra de las facetas que caracterizan la sociedad actual, y a la que el Derecho debe ofrecer sus reglas y respuestas. Ambas fórmulas aluden a la creciente interconectividad humana a escala global generada por los medios electrónicos de transmisión y recepción de mensajes, y propiciada por la amplitud de la capacidad de las redes de telecomunicaciones.

Esta incesante e imparable evolución tecnológica ha provocado un incremento sustancial de los intercambios de mercancías tangibles, así como de novedosos productos digitales entre sujetos situados en diversos países y continentes, y que, por tanto, pertenecen a culturas jurídicas diferentes. Asimismo, este crecimiento no sólo ha repercutido en las actividades productivas o industriales desarrolladas entre empresas y comerciantes, sino que también ha afectado al desenvolvimiento de las personas físicas en el marco de sus relaciones no profesionales. De hecho, consideramos que la verdadera revolución ha obedecido al notorio aumento de las operaciones económicas transfronterizas alcanzadas entre comerciantes y particulares o de estos últimos entre sí. La importancia adquirida

por este tipo de transacciones en el desarrollo económico ha supuesto la definitiva consolidación de la figura del consumidor y usuario.

A su vez, la masificación de la producción de los bienes y de la prestación de servicios a fin de atender la ampliación y la complejidad de la demanda condujo a la aparición de un nuevo sistema de contratación que se apoya en la estandarización de condiciones generales para la celebración de contratos. Este mecanismo contractual, plenamente instalado desde hace tiempo en nuestra sociedad, desborda el planteamiento del Código Civil vigente. Como apuntamos anteriormente, la óptica del legislador decimonónico se proyectaba en un tipo de contratación de carácter individualizado. Las partes entablaban una relación personal, y en numerosas ocasiones presencial, que les permitía discutir y confrontar de forma particularizada todas las estipulaciones que regirían el vínculo obligatorio alcanzado. Además, parece que el codificador visualizaba dicha negociación como una etapa exenta de disensiones irreconciliables, y, por tanto, que, normalmente, transcurría con suma rapidez.

Por otro lado, la finalidad de esta herramienta se dirige a facilitar no sólo la conclusión de contratos, sino de un número elevado de ese tipo de acuerdos, pero desde la perspectiva del empresario y comerciante. De este modo, se simplifica el papel de ese tipo de operadores económicos a cambio de la alteración del equilibrio de las posiciones contractuales en beneficio de aquéllos. La conclusión contractual se hace depender de la mera aceptación de las cláusulas genéricas previstas por los vendedores o productores, sin posibilidad de discusión por los consumidores. Por consiguiente, la implantación de condiciones generales y la irrupción permanente y decisiva de los particulares en el escenario contractual propiciaron la revisión de las premisas sobre las que se asienta la concepción codificadora del contrato, y, en especial, la hipotética situación de igualdad y de libertad en que se desarrollan las relaciones jurídicas.

La constatación de esa realidad indujo al legislador a reconocer que ese colectivo demandaba un nivel de protección acorde con sus características, y, en especial, que compensara su debilidad económica. El objetivo final era contrarrestar la preeminencia lograda por la contraparte mediante la imposición de las previsiones a cuya conformidad se condicionaba la celebración del contrato. Por tanto, se han dictado normas dirigidas a la tutela de los intereses de los consumidores, que contienen mecanismos específicos para su amparo, y que, en puridad, buscan preservar su independencia contractual. El legislador ha pergeñado un amplio elenco de prerrogativas a favor de los consumidores, de naturaleza preceptiva, y que inciden especialmente en la fase de formación del contrato -*v. gr.* extenso derecho de información precontractual- o en los efectos

ínsitos a la perfección contractual –*ad. ex.* facultad de desvincularse del acuerdo con posterioridad a su celebración-.

Sin embargo, el carácter imperativo de las herramientas que tutelan la posición jurídica de los consumidores conlleva que su establecimiento también implique, en mayor o menor medida, la restricción de la libertad contractual de sus destinatarios. Paradójicamente, las limitaciones que se derivan de los instrumentos jurídicos correctores del desequilibrio contractual en perjuicio de tales intervinientes, están dirigidos a salvaguardar, precisamente, el principio de la autonomía privada de su voluntad, lo que, a su vez, se proyecta como garantía del principio revolucionario francés de la igualdad de los contratantes. Además, la especificidad del propósito de la protección señalada y de los mecanismos apuntados ha venido a alterar varias facetas de la teoría general del contrato. En este sentido, la doctrina alude a la temporización del contrato, como efecto de la facultad que se les confiere para romper la ligazón contractual después de su conclusión, y que repercute en la perfección contractual.

No obstante, a pesar de que, habitualmente, se pone el acento en la vertiente de la estandarización de la contratación mediante la utilización de condicionados generales que aqueja a las relaciones contractuales establecidas entre vendedores y consumidores, este fenómeno también afecta a los vínculos obligacionales entre empresarios. Los fabricantes, productores o comerciantes se sirven igualmente de clausulados generales para entablar nexos obligatorios con otras personas, físicas o jurídicas, de similar condición profesional. En el terreno práctico ha supuesto la aparición de novedosas contingencias, como las *battles of forms*, cuya apropiada resolución ha sido el centro de numerosas disputas doctrinales, y el motivo de elaboradas construcciones para solventar tales conflictos. Asimismo, se observa una traslación de principios que, normalmente, se atribuyen a la protección de los consumidores y usuarios hacia la esfera empresarial.

De este modo, se ha extrapolado la tutela de ese específico colectivo a aquellos sujetos que, en el tráfico comercial, ostenten una posición jurídica más frágil. En esta línea, la normativa sobre condiciones generales se puede invocar por cualquier sujeto, con independencia de su condición profesional. En directa conexión con la expansión señalada, se observa una patente preponderancia del *principio de la buena fe*, lo que ha devenido, indefectiblemente, en detrimento del axioma de la autonomía privada de las partes. La verificación de esta coyuntura se detecta fácilmente en los textos de Derecho Uniforme en que se inspira la Propuesta de Modernización, y, aunque en menor grado, también en el mencionado proyecto de reforma parcial del Código Civil. No obstante, la renovada importancia de esta

decisiva máxima destaca en su aplicación a la órbita profesional o comercial, dado que los consumidores gozan de mecanismos protectores específicos.

En este sentido, los instrumentos obligatorios y las propuestas normativas en que se apoya la Propuesta de Modernización han moldeado una nueva configuración del principio indicado, dado que se alude a *la buena fe contractual* o a *la buena fe y a la lealtad negocial*, y que aúna las dos facetas representativas del mismo. Las expresiones indicadas aluden a un comportamiento adecuado en el devenir contractual y a un estándar de conducta caracterizado por la honestidad, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte. En particular, se ejemplifica, como actuación contraria a la buena fe y a la lealtad negocial, la máxima tradicional que prohíbe "*venire contra factum proprium*", considerada comúnmente una de las concretas aplicaciones del axioma primigenio en los ordenamientos continentales. Asimismo, los textos uniformes utilizan la locución de la *confianza razonable* para referirse a las expectativas generadas por la parte que actuó de una manera incoherente –o contra sus propios actos–.

En consecuencia, estimamos que enlaza con el axioma de *la protección de la confianza legítima*, cuyo ámbito de actuación se sitúa preferentemente en los sistemas jurídicos bajo la órbita de influencia del *Common Law*, y con la máxima de la autorresponsabilidad negocial, presente tanto en dichos ordenamientos como en los pertenecientes al *Civil Law*. Además, hemos de poner de relieve una nueva categoría conceptual, *la razonabilidad*, que ha alcanzado una preeminencia indiscutible. Los precursores de la Propuesta de Modernización se sirven de tal noción a efectos de delimitar todo tipo de plazos, y aspectos difícilmente cuantificables, como aquello que se puede esperar o inferir de la actuación de la otra parte. En consonancia con la interrelación apuntada entre los principios mencionados, algunos antecesores de la citada Propuesta señalan expresamente su vinculación con la buena fe, mientras que otros hacen hincapié en la vertiente objetiva de tal concepto, a fin de contrarrestar las críticas formuladas por su indeterminación.

Igualmente, en el plano político se han producido cambios que afectan al mundo del Derecho, y, con relación a la materia que nos ocupa, hemos de señalar la creación de entidades supranacionales que suponen la dejación de ciertas parcelas de soberanía nacional por los Estados miembros. En este sentido, debemos destacar la particular trascendencia que ha adquirido la Unión Europea, que se pretende fortalecer y potenciar. La apropiada protección del consumidor se ha convertido en uno de los ejes de actuación del legislador comunitario, por lo que se ha aprobado un nutrido cuerpo de Directivas con esa finalidad. De este modo, no sólo configuran la nueva rama del Derecho del Consumo, sino que componen el germen del Derecho Contractual europeo. Por consiguiente, se erigen en un nuevo factor que contribuye

a respaldar la oportunidad de la reforma del Código Civil, y en la dirección adoptada por la Propuesta de Modernización.

La intervención legislativa de la Unión Europea se ha venido produciendo con un carácter marcadamente sectorial, en orden a solucionar los problemas que se han considerado que reclaman dicha actuación, si bien han devenido en una incesante aprobación de normas en materia de consumo. También se ha visto limitada la acción de legislador comunitario en función de la observancia de los principios que informan su papel –subsidiariedad y proporcionalidad- y del respeto a los objetivos primordiales que respaldan su participación –afianzar el mercado único-. Por otro lado, la tendencia general es la aprobación de directivas, que posibilitan a los Estados miembros adaptar tales disposiciones dentro del margen permitido, en lugar de otras normas de cumplimiento obligatorio. Por tanto, se advirtió una notoria incoherencia interna de la normativa contractual europea, por cuanto las normas comunitarias abordan aspectos específicos, pero sin un sustento previo en principios generales.

Además, se percibió una descoordinación patente fruto de la técnica legislativa indicada, dadas las discrepancias resultantes del diferente grado de incorporación nacional de las disposiciones europeas. La conjunción de ambas circunstancias propició que las instituciones europeas estimasen conveniente la armonización del Derecho privado e, incluso, la unificación a través de la elaboración de un Código de Derecho privado o, al menos, que incidiera en el ámbito civil. Sin perjuicio de que los enfrentamientos entre las posturas sostenidas por el Parlamento y por la Comisión europeos han rebajado considerablemente las expectativas generadas, el desenlace del proceso iniciado se ha plasmado en la convicción generalizada de que el positivo desarrollo de la economía europea está supeditado al fortalecimiento del mercado único, y que, a su vez, éste se subordina al fomento de las operaciones transfronterizas.

Asimismo, se considera que el impulso y el estímulo de las transacciones intracomunitarias dependen de que se incentiven adecuadamente los intereses de los dos protagonistas cruciales. Por una parte, la armonización entre las legislaciones de los Estados europeos provocaría una reducción de los costes asociados a ese tipo de operaciones para las empresas y profesionales, así como contribuiría a proporcionarles sosiego ante los posibles conflictos que se deriven de las mismas. Por otro lado, la modulación de las diferencias normativas entre los países miembros de la Unión Europea también asumiría la meta de conferir una protección intensa y unificada a los consumidores, que contribuiría a proporcionarles la seguridad jurídica necesaria para promover su participación activa en el mercado único. Por tanto, la coordinación legislativa conllevaría la

tutela de ambos intervinientes y redundaría en la protección del tráfico, que, en este caso, se identifica con el mercado europeo.

Ante la transposición de las directivas europeas, el legislador español ha optado por su incorporación individualizada en leyes sectoriales, lo que ha propiciado una acusada dispersión normativa, y discordancias con el resto del sistema debido a la especialidad de los principios e instituciones de tal disciplina. Por tanto, se ha abierto un debate sobre la conveniencia de elegir otro método que procure la integración ordenada y sistemática de ese original *corpus iuris* en el ordenamiento nacional. La alternativa postula la introducción del núcleo sustancial del Derecho de consumo en el Código Civil, dada su vocación de universalidad y su caracterización como compendio de principios generales, mientras que los aspectos casuísticos de esa normativa se remitirían a leyes especiales. El paradigma de esta opción se localiza en el ordenamiento alemán, dado que, al hilo de la reciente modernización de su Derecho de obligaciones, se han incorporado al B.G.B. las normas sustanciales y genéricas sobre esta materia.

Por otro lado, los incesantes adelantos tecnológicos aparecidos desde el último tercio del siglo pasado han motivado el surgimiento de novísimos medios de comunicación, que permiten la conexión de todo tipo de personas en cualquier parte del mundo a un coste asequible. Además, esos cauces han logrado que la velocidad de la emisión y de la recepción de las declaraciones de voluntad intercambiadas se asemeje a la simultaneidad. Por último, la capacidad de las redes de comunicación permite la transmisión de ingente información. Estos fenómenos han socavado definitivamente los axiomas sobre los que se construyen instituciones clásicas –*ad. ex.* perfección contractual y distancia geográfica-, y han provocado el nacimiento de difusas categorías contractuales –*v. gr.* contratos celebrados mediante *dispositivos automáticos*-. Además, han puesto de manifiesto que el concepto de contrato realmente acuñado por el Código Civil no ofrece respuestas adecuadas a los nuevos retos señalados.

Sin embargo, las limitaciones que hemos venido exponiendo en las páginas precedentes, junto a otras cuyo examen excede el ámbito de la presente investigación, no deben abocarnos a suscitar la idea de una crisis de la figura del contrato, como ocurrió con anterioridad. Por el contrario, la coyuntura creada gracias al conjunto de transformaciones sucintamente apuntadas ha reforzado y potenciado dicha institución. Parece innegable que la práctica unanimidad de las operaciones sobre las que se sustenta la economía de cualquier país se desarrollan mediante acuerdos con valor contractual. No obstante, los cambios acaecidos también han puesto de relieve la complejidad de las situaciones que tiene que afrontar. Inevitablemente, la exigua regulación prevista por nuestro señero código



de Derecho común en el ámbito contractual se ha mostrado completamente insuficiente, y, a nuestro modo de ver, revela claramente la necesidad, y no sólo la conveniencia, de su reforma.

En conclusión, la evolución descrita ha puesto de relieve la discordancia de la concepción decimonónica sobre el contrato con la realidad contemporánea, pero no la incongruencia de la institución en sí misma. De hecho, pocas figuras presentan mayor adaptabilidad. Además, los sucesivos ciclos de ralentización y bonanza económica experimentados a lo largo del siglo pasado y en el transcurso del presente han evidenciado que los convenios de signo contractual son el elemento dinamizador de la economía. Asimismo, al igual que coligen los redactores de la Propuesta de Modernización, la válida existencia de los contratos depende de la fase de formación del mismo, así como de la culminación de la perfección contractual. Sin embargo, la verificación de estas certidumbres no responde al interrogante cardinal, que gira en torno a la decisión de sacrificar cierto grado de seguridad jurídica en el periodo de generación del contrato a fin de facilitar su conclusión.

Los promotores de la Propuesta de Modernización del Código Civil, conscientes de los vaivenes sucedidos y de la importancia adquirida por la génesis y la perfección contractual, preconizan una serie de cambios que se concretan, por una parte, en la reordenación y actualización de relevantes figuras -v. gr. el incumplimiento contractual-. Además, y por lo que concierne a esta investigación, las innovaciones se plasman en la incorporación *ex novo* de una serie de normas que disciplinan la fase de la formación del contrato, y en la adaptación del enfoque y de los criterios sobre la conclusión contractual. Sin embargo, la Propuesta de Modernización no sólo aborda las mejoras señaladas, sino que afronta un cambio cuya significación reviste mayor trascendencia. En este sentido, las modificaciones que sugiere introducen rasgos característicos de un nuevo concepto de contrato, que se separa de su visión clásica.

No obstante, la citada Propuesta también mantiene notas definidoras de esa óptica tradicional, lo que obliga a extremar las precauciones para lograr la adecuada conciliación de ambas posturas. A nuestro modo de ver, la tesitura en la que nos encontramos a raíz de las transformaciones acaecidas desde la aprobación del Código Civil justifica la adopción de una nueva perspectiva que se adecúe a la misma. La incógnita estriba en dilucidar si el punto de vista que sostiene la Propuesta que examinamos es el correcto o, en su defecto, más apropiado que el mantenido por el Código Civil vigente. La Sección Primera de la Comisión General de Codificación parte, en especial, de dos premisas, la protección del consumidor y la facilitación de la culminación del *iter* formativo en hipótesis diferentes de contratación, e intentan compaginarlas. Tal y como hemos adelantado, la primera

se materializa a través de la integración de las disposiciones esenciales en contratos de consumo en el seno del Código Civil.

El fomento de la conclusión de contratos se enlaza con la devolución a los intervinientes de un mayor grado de autonomía contractual, cuya contrapartida se plasma en cierta disminución del nivel de seguridad jurídica que se les ha conferido tradicionalmente o, al menos, a la parte que ostenta una posición contractual más frágil. Los precursores más modernos de la Propuesta de Modernización del Código Civil han considerado que la supresión de dos de las condiciones que la concepción clásica reclamaba para admitir la conclusión de los contratos, así como la flexibilización de las restantes exigencias, conducen a la facilitación, y, por tanto, al incremento de la contratación. Asimismo, los comentarios y glosas efectuados por sus promotores corroboran que no infieren una correlativa minoración de la solidez de las posiciones contractuales de los futuros contratantes.

De esta forma, la novedosa idea de contrato que proyectan los dos últimos antecesores de la citada Propuesta elimina la obligatoriedad de la concreción del objeto, así como de la presencia de la causa en los sistemas encuadrados en el *Civil Law* y de la *consideration* en los ordenamientos propios del *Common Law*. De esta manera, aunque existan diferencias en las expresiones empleadas, los únicos requerimientos que se estiman ineludibles para la conclusión contractual son la voluntad de las partes de vincularse legalmente y que éstas alcancen un acuerdo suficiente. Asimismo, se asevera que dicha intención contractual se dilucidará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra contraparte. En este sentido, parece lógico deducir el franco apoyo de los dos antecesores más actuales a la voluntad contractual como único sostén indefectible para la celebración de contratos.

La consecuencia que se desprende de los dos asertos anteriores se concreta en la eventualidad de que un sujeto se encuentre vinculado mediante un convenio contractual sin que tenga la efectiva voluntad de contraerlo. Igualmente, se puede colegir una mayor consideración de las conductas desarrolladas por los intervinientes, dado que, normalmente, será más factible que el efecto anterior se produzca como consecuencia de una actuación. Tal y como hemos apuntado con anterioridad, la Propuesta de Modernización del Código Civil no ha avanzado hasta el mismo punto que sus precursores a la hora de adoptar las premisas de la nueva concepción del contrato, ya que no sigue todos sus pasos. De esta forma, no acaba de separarse de la relevancia de la causa, dado que mantiene la exigencia de que todo contrato debe estar fundado en una causa que sea lícita, aunque se matiza que no se dota al elemento causal del contrato del rigor que ostentaba anteriormente.

Asimismo, tampoco entendemos que las normas proyectadas por la Propuesta de Modernización permitan entender que un interviniente pueda verse obligado por un acuerdo contractual a pesar de que no sea su voluntad, sin perjuicio de que se perciba una mayor preeminencia de los principios de la buena fe y de la protección de la confianza legítima o razonable. También se desprenden otras discrepancias entre la citada Propuesta y sus dos antecesores más actuales, si bien no ostentan el calado de las que acabamos de reseñar. En una primera aproximación, todas las divergencias parecen obedecer a la mayor influencia ejercida por la Convención de Viena de 1980, cuya orientación es más moderada que la de los posteriores precedentes. Por consiguiente, se impone la evaluación de los diferentes instrumentos que los redactores del proyecto de reforma parcial del Código Civil han utilizado como modelos, y, en concreto, la noción de contrato que respaldan, además de valorar el acierto técnico de los cambios concretos.

En esta línea, debemos apuntar que la expansión internacional de la contratación ha revelado la incapacidad de las legislaciones nacionales para solventar los conflictos que se derivan. Igualmente, las normas de conflicto pertenecientes al Derecho internacional privado tampoco aportan soluciones efectivas, ya que se limitan a designar el ordenamiento estatal que debería resolver tales dilemas. De esta forma, han recobrado importancia las regulaciones de ámbito supranacional, que, además, han logrado aunar una elevada calidad científica, y a las que la Propuesta de Modernización inevitablemente prestó atención. De hecho, otro de los puntos de partida de la citada Propuesta reside en la observancia de modelos internacionales y europeos, todos ellos de reconocido prestigio científico, dado que nos aproximarían a otros ordenamientos cercanos que, en mayor o menor grado, los han integrado con ocasión de la actualización y renovación de sus normas sobre obligaciones y contratos.

Además, ese acercamiento facilitaría las operaciones transfronterizas, y, por tanto, se propiciaría un aumento de las mismas, dado que esa armonización legislativa comportaría una disminución de los costes que experimentan las empresas y profesionales. Por otro lado, como hemos indicado en las páginas anteriores, se corresponde con uno de los objetivos de las instancias europeas para lograr la finalidad primordial de reforzar el mercado único. Por último, contribuiría a que nuestro ordenamiento estuviese preparado para una posible y futura unificación de las normas del Derecho europeo de contratos. En este sentido, el precursor de origen europeo de la Propuesta de Modernización es fruto de grupos de trabajo compuestos por prestigiosos juristas que proceden de diversas culturas jurídicas, y que, alentados desde los organismos europeos, han dedicado sus

esfuerzos a lograr un texto que unifique las normas de carácter contractual en ese concreto ámbito territorial.

En cuanto a los precedentes concretos, la Propuesta de Modernización ha tomado como referencia primordial la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, de 11 de abril de 1980 (en adelante, la Convención de Viena de 1980). La principal virtud de este texto jurídico descansa en la conciliación de toda clase de diferencias, y, en cuanto nos afecta, en la avenencia de las disparidades entre los dos sistemas jurídicos de mayor raigambre, el *Civil Law* y el *Common Law*. La contrapartida se refleja en la imprecisión, y, a veces, en las contradicciones que encierran sus preceptos, dado que la superación de la habitual confrontación entre dichas concepciones jurídicas supuso llevar la técnica del compromiso entre los Estados firmantes hasta sus últimos límites. No obstante, se reconoce que no se alcanzó la armonía total, y algunos atribuyen el influjo predominante al *Common Law*.

A pesar de la especificidad de su ámbito objetivo y subjetivo, el éxito logrado por la Convención vienesa ha supuesto que se defienda su aplicación a cualquier contrato, de compraventa o no, internacional o doméstico. Se admite de forma generalizada el elevado nivel técnico del texto vienés, lo que ha propiciado que posteriores instrumentos no vinculantes del Derecho Uniforme del Comercio Internacional la consideren su paradigma principal. La doctrina española invoca su preeminencia en la posible reforma del Derecho contractual nacional, así como su utilidad para paliar las lagunas de nuestro ordenamiento, y, sobre todo, las que aquejan a la génesis contractual. Se arguye, en primera instancia, la práctica carencia de regulación, y, por otra parte, que el arquetipo de la Convención vienesa se sustenta en el esquema universal de la oferta y la aceptación, al igual que los artículos 1.262 del Código Civil vigente y 54 del Código de Comercio.

Asimismo, la doctrina mayoritaria asevera que la regulación vienesa sobre la formación y conclusión del contrato es aplicable a cualquier contrato, con independencia de su encaje en la órbita civil o mercantil. En primer lugar, los avatares que contempla con relación a esas etapas del *iter* contractual no son exclusivos del contrato de compraventa, y, en segundo término, dicha Convención obvia la distinción entre contratos civiles y mercantiles. No obstante, la doctrina igualmente reconoce que las normas vienesas asumen una perspectiva mercantil, debido a su objeto y a los sujetos a quienes se dirige, por lo que se pone de relieve un cambio de tendencia. A diferencia de la mecánica habitual de acudir a las normas civiles para colmar lagunas, se recurre a la legislación mercantil para suplir la ausencia de reglas que ordenen la generación del contrato. De este modo, los autores

patrios consideran que la Convención vienesa puede inspirar la unificación de la teoría general de obligaciones y contratos en nuestro país.

A tales efectos, hemos de poner de relieve que la reforma de los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, operada por la Ley 34/2002, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (en adelante, LSSI), unificó los criterios legales para la determinación del momento y del lugar de la perfección contractual. No obstante, las expectativas generadas a causa de dicha modificación legislativa no han fructificado en un mayor acercamiento entre ambas disciplinas. Igualmente, hemos de tener presente que el punto de partida de la Propuesta de Modernización respondía al propósito de armonizar la legislación civil y mercantil en el ámbito contractual, cuyo primer paso consistiría en unificar la regulación del contrato de compraventa gracias al éxito de la Convención de Viena de 1980, que ratificó España en agosto de 1991. Sin embargo, se rebajó ese ambicioso objetivo, y se continuó la reforma del Libro IV del Código Civil según su estructura tradicional.

Por otro lado, la notoria dificultad de lograr el consenso necesario para aprobar cuerpos legislativos de ámbito internacional ha originado la aparición de otro tipo de instrumentos. Este fenómeno también responde a la creciente influencia de organizaciones no estatales que reúnen a prestigiosos juristas adscritos a sistemas jurídicos distintos. Uno de los objetivos prioritarios de estos organismos - algunos intergubernamentales e independientes, otros privados- es la elaboración de textos jurídicos que armonicen disposiciones sustantivas de carácter contractual, pero sin fuerza legislativa, por lo que se ha acuñado la denominación de *soft law*. Asimismo, se estima mayoritariamente que se integran en el *Derecho Uniforme del Comercio Internacional*, cuya pretensión se concreta en ofrecer las reglas necesarias para facilitar y, por tanto, promover la actividad comercial a escala mundial, pero presididas de la neutralidad apropiada para no favorecer la posición contractual de ninguno de los intervinientes.

El ascendiente primordial sobre la Propuesta de Modernización se atribuye expresamente a dos de estas iniciativas de índole normativa, aunque presentan idiosincrasias particulares. Por orden cronológico, hemos de citar, en primer lugar, a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, preparados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado -en adelante, *Principios Unidroit*-. Esta prestigiosa organización participó activamente en las tentativas más relevantes llevadas a cabo a lo largo del siglo veinte para armonizar las normas materiales sobre compraventa internacional de mercaderías, en unión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, pese a su diferente vocación primigenia. Se consideraba que el contrato de compraventa se erige en el

fundamento del comercio internacional, con independencia de la tradición jurídica y del nivel de desarrollo económico de los países implicados.

En consecuencia, se infería que la previsión de un régimen moderno, uniforme y equitativo para ese tipo de acuerdos contribuiría a proporcionar seguridad jurídica a todos los operadores económicos, y, además, redundaría en la disminución de los gastos derivados de tales transacciones, todo lo cual conduciría al fomento del comercio internacional. Los esfuerzos señalados se materializaron en la aprobación de la *Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales* (en adelante, LUVI) y de la *Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales* (en adelante, LUF), mediante sendas convenciones internacionales celebradas en La Haya en 1964. A pesar del intenso trabajo desarrollado durante más de tres décadas por los más reputados juristas de la época, ninguna de las dos Leyes Uniformes indicadas lograron una aceptación sustancial fuera de Europa occidental, probablemente a causa del excesivo influjo del ideario alemán.

A la vista del escaso éxito de las Convenciones de la Haya de 1964, y ante la necesidad de contar con reglas de alcance mundial que rigieran el comercio internacional, los gobiernos de varios países recurrieron a las Naciones Unidas a fin de eliminar los obstáculos jurídicos que lo entorpecían. En diciembre de 1966 se creó la UNCITRAL, y se convirtió en el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en la esfera del Derecho mercantil internacional, hasta el punto de que su intervención ha sido decisiva para alcanzar los acuerdos internacionales que actualmente rigen las relaciones comerciales mundiales. Inicialmente, se fijó tres objetivos prioritarios y, entre ellos, la compraventa internacional de mercaderías. Finalmente, se decidió que era necesario elaborar un nuevo texto que aunara los intereses de países con distintos sistemas jurídicos y organizados sobre diversas estructuras políticas y económicas, de forma que suscitase mayores adhesiones que las convenciones mencionadas, y, por tanto, su reconocimiento internacional.

Una de las principales discrepancias con las Leyes Uniformes indicadas, y, por consiguiente, una de las razones de su completo éxito, estriba en la variada y nutrida representación de Estados en el proceso de elaboración y discusión, lo que, por tanto, se tradujo en numerosas ratificaciones, si bien algunos países formularon reservas con relación a extremos concretos. Otra de las notables desavenencias, que se deriva de la anterior, y que apuntamos anteriormente, es que se alcanzó un texto que logró reconciliar diferencias de todo tipo, a pesar de que también supusiera la aparición de ciertos defectos. Nos hemos detenido en la exposición anterior a causa de dos razones de peso. Por una parte, creemos conveniente describir el contexto histórico-legislativo que ha precedido a la Propuesta de Modernización del Código

Civil, a fin de comprender adecuadamente el origen de las influencias que han inspirado dicho proyecto prelegislativo. Por otro lado, estimamos necesario poner de relieve la interrelación existente entre los diversos instrumentos que han guiado a los redactores de la citada Propuesta.

Como continuación de la imparable evolución apuntada, a principios de la década de los años 70 del pasado siglo, el Consejo de Dirección de UNIDROIT incluyó en el programa de trabajo un proyecto denominado *Progressive Codification of International Trade Law*, cuyo ámbito de actuación se limitaba a la parte general de los contratos. Posteriormente, se fue limitando el alcance de la idea inicial, debido a la reticencia de los países del *Common Law*, la opinión generalizada de que la época de la codificación había concluido y las limitaciones de dicha técnica, la amplitud del proyecto y las dificultades de lograr la aprobación de la Convención que debía amparar ese Código de Derecho comercial internacional por parte de todos los Estados Miembros. Finalmente, se cambió la denominación del proyecto por la de *Preparation of Principles of International Commercial Contracts*, cuya primera versión definitiva se aprobó en 1994.

A tales efectos, se ponderaron los códigos y compilaciones legislativas más recientes en su época, como el *United States Uniform Commercial Code* y el *Restatement (Second) of the Law of Contracts*, el Código Civil argelino de 1975, el *Foreign Economic Contract Law* de la República Popular de China de 1985 y los borradores del Código Civil Holandés y de Quebec, aprobados en 1992 y en 1994, respectivamente. Destaca la trascendente influencia ejercida por la Convención de Viena de 1980, aunque se evaluaron otros textos legales promovidos por la UNCITRAL. Igualmente, se valoraron instrumentos no legislativos elaborados por asociaciones profesionales de constante utilización en el comercio internacional –*ad. ex. Incoterms*-. En cuanto a la discutida naturaleza de los Principios Unidroit, sus promotores estiman que, en general, están redactados en el estilo de los códigos europeos, si bien incluyen comentarios a fin de explicar la *ratio* última de las normas y supuestos de aplicación práctica, características de los *restatements* propios del *Common Law*.

En cualquier caso, se reconoce que los Principios Unidroit se configuran como un instrumento no vinculante de aplicación esencialmente convencional, aunque con ánimo de invocarse de forma supletoria. Por lo que concierne a su ámbito subjetivo, coincide con la Convención de Viena de 1980 en la exclusión de los consumidores, mientras que su esfera objetiva abarca todo tipo de contratos mercantiles en sentido amplio, es decir, sin incurrir en la clásica distinción entre civiles y mercantiles, pero con supresión de los contratos de consumo. Por último, queremos señalar que gozan del mismo beneplácito internacional que la Convención de Viena de 1980, ya que han inspirado numerosas legislaciones, es

generalizado su empleo por los árbitros, y los jueces los citan como referencia habitual, sobre todo en España. De hecho, la jurisprudencia nacional los ha empleado para resolver conflictos sobre contratos domésticos, e incluso para integrar lagunas de nuestro Derecho interno.

La segunda iniciativa del *soft law* a cuya influencia responde la elaboración de la Propuesta de Modernización del Código Civil son los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, preparados por la Comisión de Derecho Contractual Europeo, conocida como Comisión Lando –en adelante, PECL-. Hemos de destacar que parte de los juristas que intervinieron en la elaboración de este instrumento sin fuerza vinculante también participaron en la de otros textos incluidos en el Derecho Uniforme del Comercio Internacional, por lo que contribuyeron al influjo recíproco entre todos ellos. En consecuencia, las diferencias se pueden restringir en gran medida a los diversos objetivos que cada uno pretende cumplir. En este caso, la mayor similitud se presenta con relación a los Principios Unidroit, y responde, además del motivo expuesto, a la coincidencia temporal de las comisiones y grupos de trabajo que confeccionaron cada uno de ellos.

Además, ambos textos se inspiraron abiertamente en la Convención de Viena de 1980, por lo que resultaba inevitable un elevado grado de semejanza. La primera divergencia reseñable se concreta en que su órbita de actuación se limita a la Unión Europea, a diferencia de la nota de internacionalidad que acompaña a la mayoría de las propuestas incardinadas en el Derecho Uniforme citado. Sin embargo, los sistemas jurídicos valorados no se circunscriben al espacio de la Unión Europea, por cuanto se intentaron encontrar las mejores soluciones, de forma que también comprenden reglas contractuales que no se encuadran en ningún ordenamiento europeo, y, por otro lado, todos los sistemas europeos no han proyectado la misma influencia. En cuanto a su naturaleza, la propia Comisión Lando destacó su afinidad con el *American Restatement of the Law of the Contract*, cuya segunda edición se publicó en fechas cercanas al inicio de la labor de los redactores de los PECL.

No obstante, la aproximación señalada obedece exclusivamente a que las normas proyectadas por los PECL aparecen glosadas por comentarios y notas. De esta forma, los primeros proporcionan una interpretación auténtica, junto con ejemplos prácticos, y las segundas suministran las referencias al Derecho comparado de los diferentes Estados miembros y de los sistemas jurídicos ajenos utilizados como referencias. En esta dirección, también se aprecia su cercanía respecto al *American Uniform Commercial Code*. Sin embargo, no se detectan otras coincidencias que justifiquen el paralelismo apuntado. Por el contrario, se observan otros rasgos definidores de los PECL, que, a su vez, se configuran como nuevas discrepancias con el resto de textos uniformes. Por una parte, los PECL están



diseñados para regular no sólo transacciones transfronterizas, sino también las internas en cada uno de los países europeos.

Por lo que concierne a su ámbito subjetivo, se dirigen a empresarios y consumidores, si bien algunas normas sólo se aplican a los empresarios, por cuanto, como hemos constatado previamente, la Unión Europea se ha venido ocupando de forma específica de la regulación de la protección de los consumidores y usuarios. Además, el examen de su campo objetivo de actuación conduce a la conclusión de que los PECL apuestan por la unificación del régimen aplicable a las obligaciones civiles y mercantiles, iniciada por el Código de Obligaciones suizo y el Código Civil italiano vigente. Entre las diferentes alternativas existentes, optan por regular únicamente las obligaciones contractuales, sin perjuicio de abordar algunas cuestiones aplicables a toda clase de obligación y referirse mínimamente a las declaraciones de voluntad en general. Asimismo, la finalidad principal de este texto uniforme se orienta hacia la creación de una infraestructura del Derecho contractual válida para toda la Unión, mediante la creación de normas sobre teoría general.

Por tanto, los PECL ofrecerían el sustento jurídico básico a las Directivas sectoriales dictadas en sede contractual, ayudarían a la consolidación de un verdadero mercado único, y podrían configurarse como punto de partida para un futuro Código Civil europeo. En este sentido, debemos aludir nuevamente a la disputa surgida en el seno de las instancias europeas sobre la conveniencia de la elaboración de semejante cuerpo legislativo. Sin perjuicio del triunfo de la postura contraria al mismo, abanderada por la Comisión Europea, la relevancia del debate generado estriba en el impulso del trascendente proceso iniciado para la armonización interna del Derecho contractual europeo. Además de las cruciales consecuencias que se derivarían de la unificación o, subsidiariamente, de la armonización de las normas contractuales europeas, uno de los efectos de la evolución apuntada ha sido la confección de tres textos de suma significación, y, por tanto, con directa repercusión en la presente investigación.

El relevante papel de los citados proyectos se infiere de los objetivos perseguidos, de la calidad científica alcanzada, y de la singular perspectiva que han adoptado respecto a su estructura y a su sistemática. Estas cualidades nos han persuadido de la conveniencia de utilizarlos como elementos de contraste en nuestro análisis sobre la reforma preconizada por la Propuesta de Modernización del Código Civil, a pesar de que ésta no pudo usarlos como referencias al ser posteriores a su presentación. También ha coadyuvado a nuestra decisión la constatación de que estos textos europeos han recibido una clara influencia de los instrumentos internacionales que han inspirado a la mencionada Propuesta. En la

medida en que los borradores prelegislativos europeos apoyan, de una forma u otra, la armonización del Derecho Civil de los Estados miembros, resulta patente que dicho proceso se cimentará en la dirección apuntada por los instrumentos reseñados, cuya aplicación es habitual en multitud de países.

En consecuencia, los cambios previstos en la Propuesta de Modernización se incardinan no sólo en la línea de los textos uniformes indicados, sino también en la orientación que, con toda probabilidad, adoptará la Unión Europea, lo que valoramos una cuestión absolutamente ineludible, con independencia de que la aplicación del texto resultante del proceso europeo sea obligatoria u opcional. Por último, y como no podía ser de otra forma, las iniciativas europeas contienen una completa regulación de la fase de formación del contrato, así como reglas precisas y renovadas sobre la perfección contractual. En primer lugar, hemos de referirnos al *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR), cuyos objetivos, que fueron delimitados por la Comisión Europea, se dirigen a la revisión y mejora del acervo comunitario existente y futuro –se utiliza la analogía con una *toolbox* o *handbook*-, y a servir de base para un futuro instrumento opcional.

En síntesis, el DCFR recoge definiciones, conceptos generales y reglas legales, así como un completo detalle del Derecho comparado europeo, con tal amplitud de cobertura y profusión de detalle que le ha hecho merecedor de numerosas críticas, pero, afortunadamente, muchos autores también reconocen la valía del esfuerzo realizado. Tal y como se señalará oportunamente, el DCFR se inspira decididamente en los PECL. En cuanto a su ámbito subjetivo, al igual que su modelo principal, el DCFR se aplica a empresarios y a consumidores, mediante el establecimiento de normas generales y de las excepciones inderogables a favor de la mayor tutela para los consumidores. Por lo que se refiere a su plano objetivo, es más amplio que el de los PECL, dado que abarca los contratos y otros actos jurídicos, derechos y obligaciones contractuales y no contractuales, así como varias cuestiones relacionadas con la propiedad de los bienes muebles. Asimismo, y en línea con todos los precursores de la Propuesta de Modernización, tampoco observa la dicotomía entre el plano civil y mercantil.

En el Libro Verde de 1 de julio de 2010, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho Contractual europeo para consumidores y empresas, la Comisión europea sentó las dos premisas que regirían sus futuras actuaciones. La primera de ellas es la necesidad de reforzar el mercado interior mediante la facilitación de las transacciones transfronterizas, por cuanto entiende que las diferencias entre legislaciones contractuales nacionales pueden acarrear costes adicionales para las empresas e inseguridad jurídica para los consumidores y usuarios. En segundo

término, el organismo reseñado considera que un instrumento de Derecho contractual europeo podría ayudar a la Unión Europea a cumplir sus objetivos económicos, y a recuperarse de la crisis económica. Con ese punto de partida, el Grupo de Expertos designado por la Comisión Europea elaboró el *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*, que se presentó el 3 de mayo de 2011, si bien la versión definitiva se retrasó hasta el mes de agosto del mismo año.

Ese texto fue el germen de la *Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea*, del Parlamento y del Consejo, de 11 de octubre de 2011, que integra una gran parte del proyecto anterior. Como notas características de esta Propuesta procedente de la Comisión, en primer lugar, hemos de destacar que se presenta como un régimen facultativo u opcional, al amparo del *principio de libertad de contratación*. En segundo término, se centra exclusivamente en los contratos de compraventa de bienes, suministro de contenidos digitales y prestación de servicios relacionados -v. gr. instalación y reparación-. En tercera instancia, una de las partes al menos debe ser comerciante, y, cuando todas posean dicha condición, sólo podría invocarse esta normativa común si una de ellas es una pequeña o mediana empresa. Asimismo, hay que señalar que, si bien los sujetos intervinientes deben tener su residencia en países diferentes, sólo se requiere que uno de ellos radique en un Estado miembro, por lo que muestra una clara vocación internacional.

Asimismo, este proyecto europeo mantiene un elevado nivel de protección de los consumidores, en consonancia con la labor legislativa llevada a cabo por la Unión Europea y sus esfuerzos por aproximar las legislaciones nacionales mediante la reciente Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores. En consecuencia, contempla, entre otras prerrogativas, un catálogo de deberes de información precontractual y reconoce el derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimientos comerciales. Además, los profesionales deberán informar de su intención de sujetarse a esta regulación europea, facilitar una ficha informativa estándar sobre la misma y recabar el consentimiento previo y explícito de los consumidores. Por lo que se refiere a la fase de formación del contrato, contiene una regulación bastante completa de la misma, pero, a diferencia del *Feasibility Study*, no contempla las negociaciones preliminares.

## **ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA**

A pesar de que la Propuesta de Modernización del Código Civil afronta cambios que afectan al campo de las obligaciones en general, a diversas fases del *iter* contractual y a ciertos contratos en particular, nos hemos decantado por abordar las modificaciones relativas a la génesis y a la perfección contractual. La selección

de la fase de formación del contrato responde, fundamentalmente, a la observación de que su adecuada regulación ejerce una positiva e, incluso, decisiva influencia sobre el correcto desenvolvimiento de las relaciones jurídicas. Además, la ausencia prácticamente total de normas que disciplinen la actuación de las partes durante las negociaciones previas dirigidas a la consecución del acuerdo final reclama con mayor urgencia, si cabe, que fijemos nuestra atención en esa concreta etapa. No obstante, dada la magnitud de dicha labor, nos hemos visto abocados a excluir del análisis ciertas parcelas, como la denominada fase precontractual.

Hemos preferido centrarnos en el estudio particularizado de la oferta y de la aceptación, ya que la Propuesta de Modernización respeta el clásico esquema bilateral de la concurrencia de ambas declaraciones de voluntad como cauce habitual para la generación del contrato, así como en el examen de la perfección contractual. A tales efectos, hemos creído oportuno estructurar la presente investigación en función de un criterio cronológico, que se corresponde con el planteamiento mantenido por la citada Propuesta y por sus precursores. Asimismo, se ajusta a la pretensión de un examen ordenado de las diferentes etapas hasta alcanzar la conclusión del contrato. Por tanto, comenzaremos por el análisis de la proposición inicial, avanzaremos a través del examen de la contestación emitida por el destinatario, y finalizaremos con la revisión de los axiomas legales para concretar la ficción jurídica del momento y el lugar en que acontece la conclusión del contrato.

En cuanto al método, por lo que concierne a las dos manifestaciones de voluntad que, normalmente, conducen a la culminación del contrato, hemos estimado más útil e ilustrativo el examen particularizado de su esencia, de sus rasgos definidores y de los diversos avatares que pueden atravesar a lo largo del *iter* formativo. Por lo que concierne a la proposición primitiva, hemos abordado sucintamente el estudio de su noción y naturaleza, y hemos optado por dedicar especialmente nuestra atención al estudio pormenorizado de las exigencias que reclama la Propuesta de Modernización para la correcta caracterización de la oferta, desde el plano objetivo y subjetivo, y con especial incidencia en el análisis de la contraprestación pecuniaria. Asimismo, las hemos contrastado con las que, tradicionalmente, se han venido demandando por la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país, y hemos procedido a cotejarlas detalladamente con el perfil que adquiere la iniciativa contractual del ofertante en los instrumentos internacionales en los que se han inspirado los redactores de la citada Propuesta.

El motivo al que obedece esta diferenciada observación responde a que la oferta debe reunir los elementos característicos del contrato propuesto por el proponente inicial, por lo que los cambios operados con relación a la concepción de la figura del contrato se reflejan ineludiblemente en dicha declaración de voluntad.

Asimismo, al hilo de analizar las eventualidades que pueden aquejar a la proposición primigenia y al asentimiento de su receptor, exponemos la postura adoptada frente a las mismas por la Propuesta de Modernización, y la contrastamos, por una parte, con la situación existente en nuestro sistema jurídico, ya sean las escasas previsiones del Código Civil vigente, ya sea la posición de la doctrina y de la jurisprudencia, y, por otro lado, con la postura de sus precursores. Con este propósito, a veces hemos estimado conveniente abordar un breve repaso de la evolución experimentada por la opinión científica y la que se desprende de los pronunciamientos jurisprudenciales recaídos, a fin de comparar los argumentos que avalaban el punto de partida y las que refrendan el parecer actual.

En esta línea, hemos afrontado el análisis de las posturas contrapuestas, bien entre diferentes autores, bien entre sucesivas tendencias jurisprudenciales, dado que el escrutinio de aquéllas nos auxiliará en la tarea de investigar la solución más apropiada. Asimismo, hemos analizado las diversas redacciones ofrecidas por nuestro legislador con relación a los escasos preceptos que se contienen en el Código Civil, y los antecedentes normativos de aquéllos, a fin de averiguar la finalidad perseguida, y poder evaluar su consecución. En cuanto a los precursores de la Propuesta de Modernización, hemos comenzado por precisar, en cada caso, a cuál de ellos responde el influjo preponderante, y hemos indagado en las influencias de toda índole que aquél haya recibido para conducirlo a su posición, incluidos sus antecedentes, las discrepancias y similitudes existentes con otros antecesores, así como, en su caso, las eventuales contradicciones internas, las razones que pueden sustentarlas y las vías para superarlas.

Finalmente, expondremos el mayor o menor acierto que las modificaciones contempladas en las normas proyectadas por la Propuesta de Modernización nos merecen en función del objetivo general, que no es otro más que puedan configurarse como el sostén legislativo apropiado para la fase determinante del desarrollo del proceso contractual y para alcanzar su culminación. Con estas ambiciosas miras, valoraremos la adecuada composición de los intereses en juego; la adecuación de tales normas con las premisas de partida de la citada Propuesta, así como con las que reconocen sus precedentes; la oportunidad en la elección del precursor elegido como modelo en función de la situación existente en nuestro ordenamiento, y la conveniencia de la modificación sugerida o, por el contrario, el respaldo de la solución defendida por los autores o por nuestros tribunales; su corrección técnica y su coherencia sistemática con el resto de nuestro sistema; así como las eventuales omisiones padecidas.

Por otro lado, debido a la especificidad de algunas de las instituciones examinadas, en ocasiones hemos contrastado las aspiraciones generales apuntadas

con circunstancias concretas que no pueden extrapolarse a otras categorías, como, por ejemplo, el estado de la técnica. Igualmente hemos revisado las contingencias que pueden afectar a la vigencia de la iniciativa contractual, entre las que debemos destacar la figura de la revocación, cuya importancia trasciende su condición de mera causa extintiva de la oferta. En este sentido, enfatizaremos la pugna sobre el límite temporal último que se estima apropiado para que el proponente pueda ejercitar su facultad de retractación, la contradicción derivada de la máxima adoptada por los antecesores de la Propuesta de Modernización y la inexplicable ausencia de la fijación de ese término final por dicha Propuesta. Además, hemos de destacar la nueva dimensión conferida a la imposibilidad inicial del objeto del contrato, ya que *per se* no determina la invalidez del acuerdo logrado.

En cuanto a la conformidad manifestada por el destinatario del convenio propuesto, hemos iniciado nuestra aproximación a través del examen del concepto y de las características generales de dicha declaración. No obstante, de acuerdo al principio espiritualista que informa nuestro ordenamiento jurídico, y a su evidente repercusión con relación a esta concreta declaración de voluntad, nos detendremos en la observación de las formas de exteriorización de la aquiescencia, algunas tan complejas como el silencio o tan novedosas como el inicio de la prestación por el eventual aceptante. Asimismo, la importancia adquirida por la conducta de los intervinientes nos convenció de la oportunidad de analizar la controvertida figura de la oferta tácita al hilo del estudio anterior, dada la estrecha conexión que mantiene con la máxima expuesta, y la necesidad de servirnos de conceptos que, habitualmente, se emplean para la delimitación del asentimiento.

Por lo que se refiere a la expiración del asentimiento, abordaremos la polémica sobre el plazo para su válida formulación, y la disputa acerca de la existencia de un posible periodo mínimo de duración de la oferta; la conceptualización de la clásica exigencia de su tempestividad, así como las excepciones previstas; y, por último, su retirada. En este último caso, pondremos de relieve las dificultades conceptuales que han rodeado a esta figura, en especial, su diferenciación con la revocación. Asimismo, profundizaremos en la nueva concepción de la contraoferta, ya que implicaría la ruptura con posiciones asentadas tradicionalmente en el plano doctrinal y jurisprudencial, sin perjuicio de la atenuación del rigor que se puede observar actualmente. Para acabar el análisis de la oferta y de la aceptación contractual, afrontaremos conjuntamente el nuevo enfoque sobre su sustantividad ante el fallecimiento o la incapacidad sobrevenida de sus autores, así como frente a la novedosa hipótesis de la extinción de sus facultades representativas.

Por último, revisaremos los diversos criterios que el Código Civil y el de Comercio han sostenido desde su promulgación en torno al momento y al lugar en

que ha de entenderse producida la perfección contractual, así como la difusa tipología contractual creada por el legislador mediante la reforma articulada por la LSSI. Hemos de recordar que son las únicas materias en las que, recientemente, el legislador español ha unificado el régimen civil y mercantil. Profundizaremos en el examen del instante de la culminación de los acuerdos con valor contractual, por cuanto la Propuesta de Modernización del Código Civil adopta una novedosa posición frente a la sostenida por los dos códigos de Derecho privado mencionados. No obstante, dado que el proyecto prelegislativo objeto de nuestra investigación se enfoca hacia la modificación del Código de Derecho común, centraremos nuestra atención en el impacto que provocaría con relación a este último.

Para acabar, sólo nos resta señalar que el resultado final de nuestra investigación se encamina a la obtención de dos conclusiones. La primera se orienta hacia la valoración general de la reforma prevista por la Propuesta de Modernización del Código Civil en función de sus objetivos y de los principios sobre los que se erige. En segundo lugar, hemos evaluado las modificaciones concretas que pretende introducir en el Código Civil vigente, y, en ciertos casos, se han sugerido alternativas. Las opciones barajadas oscilan entre el mantenimiento del *statu quo* actual, lo que, normalmente, implica respaldar la postura de la doctrina o de la jurisprudencia; en ocasiones, conlleva la sustitución por el remedio previsto en los Principios Unidroit o en los PECL, frente al apoyo reiterado de las reglas de la Convención de Viena de 1980; y, en ciertas ocasiones, la presentación de otras disyuntivas, si bien suelen configurarse cercanas a la citada Propuesta.

## CAPÍTULO PRIMERO

### PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE LA OFERTA DE CONTRATO

#### I. CONCEPTO Y NATURALEZA

##### 1. CONCEPTO

En línea con el silencio del Código Civil vigente con relación al proceso de formación del contrato, cuestión que ya abordamos en la Introducción del presente trabajo, no podemos encontrar en el mismo ningún artículo dirigido a regular las declaraciones de voluntad que, con carácter general, conducen a la celebración de los contratos. La única mención existente se contiene en el artículo 1.262 del citado texto legal, que es el primer artículo que dedica al consentimiento, en el marco del Libro IV -relativo a las Obligaciones y Contratos- y del Título II -comprensivo de las disposiciones generales sobre los contratos- y, en concreto, integrado en la Sección Primera del Capítulo II, destinado a exponer los requisitos esenciales para la validez de los contratos.

En contraste con esa actitud, ante la necesidad de solventar los numerosos problemas que surgen en el devenir contractual, tanto la doctrina como la jurisprudencia patrias han ofrecido criterios para caracterizar las citadas manifestaciones, los cuales convergen en los puntos que podemos considerar fundamentales, más allá de lo que puede desprenderse en un primer acercamiento<sup>1</sup>. De esta manera, mediante el estudio de las aportaciones indicadas, observamos que existe consenso suficiente para definir la oferta como una declaración o manifestación de voluntad que se dirige a la conclusión de un contrato. A partir de aquí se aprecia la existencia de matices, de mayor o menor envergadura, que serán objeto de estudio en los apartados que componen este epígrafe y que, tradicionalmente, se han denominado *requisitos de la oferta*.

Como muestra representativa, que no exhaustiva, los autores nos ofrecen definiciones de la oferta que aluden a una declaración unilateral de voluntad que se dirige a otro para la celebración de un contrato y que contiene los elementos esenciales del mismo<sup>2</sup>; o bien indican que estamos ante el acto jurídico por el que

---

<sup>1</sup> ARRIALLAGA, J.I. ("Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas", *RDM*, T. II, 1952, p. 12) indica que la oferta tiene dos acepciones claramente distintas: la promesa que se hace de dar a uno o hacer por él una cosa, esto es, policitación, y la proposición hecha con el fin de contratar, esto es, una acción de manifestar a otro un negocio jurídico para inducirle a que lo acepte.

<sup>2</sup> MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato. Génesis del contrato y responsabilidad antecontractual*, Nereo, Barcelona, 1963, p. 60.



una persona dirige a otra la propuesta de realizar un contrato determinado<sup>3</sup> y, en el sentido expuesto, se refieren a una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y, además, establece los requisitos necesarios del contrato al que quiere llegar, de manera que éste quedará formado si recae la aceptación<sup>4</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia señala, con impecable claridad y concreción, que la oferta en sentido técnico consiste en una declaración de voluntad dirigida por una de las partes a la otra con el fin de concluir un contrato una vez se reciba la aceptación<sup>5</sup>. También se refiere a la misma como la propuesta de negocio contractual, con todos los elementos esenciales de éste y predominio de su condición de unilateralidad, supeditada a obtener una respuesta positiva<sup>6</sup>, aunque con anterioridad tendía a integrar un mayor número de elementos en el concepto<sup>7</sup>. En este punto, hemos de señalar que la utilización del término oferta no es exclusivo del ámbito del Derecho ni del campo contractual, sino que existen otras esferas donde reviste la misma importancia<sup>8</sup>, aunque, obviamente, con un sentido diferente, lo que puede conducir a confusiones que han llegado a afectar al propio legislador<sup>9</sup>.

Por lo que se refiere a los textos que han inspirado la Propuesta de Modernización del Código Civil, y de acuerdo con la filosofía que adoptan de presentar una regulación completa de la fase de formación del contrato, todos ellos proporcionan un concepto de la oferta de contrato que coinciden en el sustrato básico, pero que, por diversidad de enfoque, difieren en un par de extremos

---

<sup>3</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil”, en homenaje al profesor Juan Roca Juan, *La Ley*, 1989-2, p.1145 y en *VVAA Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1087.

<sup>4</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V. 1º, Civitas, Madrid, 2008, p. 352.

<sup>5</sup> STS, Sala de lo Civil, 2 febrero 1990, citada reiteradamente por la doctrina nacional.

<sup>6</sup> STS, Sala de lo Civil, 26 febrero 1994.

<sup>7</sup> STS, Sala de lo Civil, 28 mayo 1945: “La declaración de voluntad por parte del oferente ha de manifestarse de modo que inequívocamente revele el propósito de vincularse contractualmente, con los correspondientes requisitos de consentimiento –con capacidad-, objeto, causa, y de forma tal que pueda quedar perfecto el contrato por la simple adhesión de la otra parte”.

<sup>8</sup> GARCÍA-GRANERO COLOMER, A.V. (“Perfección, forma y prueba de los contratos”, *Instituciones de Derecho Privado*, T. III *Obligaciones y contratos*, V. 1º, Coordinador SIMÓ SANTOJA, V. L., Civitas, Madrid, 2002, p. 387) y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (*Curso de Derecho Civil*, T. II, Colex, Madrid, 2000, p. 284) explican que, junto a la oferta de contrato, existe el concepto de oferta en el sentido económico o comercial del mismo que, en palabras de PARRA LUCÁN, citada por este último autor, se puede concretar en “la promoción comercial en el sentido de oportunidad comercial”. También resultan oportunas las palabras de RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (“*Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos*”, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 237 y 238) que alude al ofrecimiento de mercancías al público en condiciones más ventajosas que los productos de características similares.

<sup>9</sup> En el artículo 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, se usan indebidamente los términos oferta, promoción y publicidad como sinónimos, aunque el precepto se refiera a que todos ellos deben ajustarse a la naturaleza, características, utilidad o finalidad de la contratación y a que serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando su contenido no figure expresamente en el contrato celebrado. El problema expuesto se agrava porque prácticamente se limita a incorporar el artículo 8 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y, a nuestro juicio, debería haberse aprovechado la ocasión para enmendar la equivocación descrita. Asimismo, tampoco se ha visto afectado por las modificaciones introducidas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

cruciales. La primera aproximación la encontramos en la Convención de Viena de 1980, en cuyo artículo 14 se nos indica que *“La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”*. Asimismo, concreta que *“Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos”*. Por último, limita la extensión de la oferta al establecer que *“Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas”*, aunque deja la puerta abierta a la admisión de una oferta dirigida al público cuando introduce la posibilidad de que el oferente indique claramente que se trata de una oferta, a pesar de no encaminarse a persona o personas concretas<sup>10</sup>.

Los Principios Unidroit se inspiran en el primer punto del párrafo primero del precepto reseñado y hacen caso omiso de las otras dos cuestiones previstas<sup>11</sup>, por lo que sólo califican la oferta por la suficiente precisión y por la intención del oferente de quedar obligado, mientras que los PECL<sup>12</sup> y el DCFR<sup>13</sup> se apartan de la redacción anterior. Sin embargo, puede afirmarse sin resquicio de duda que todos ellos entienden, al igual que la totalidad de la doctrina y jurisprudencia nacional<sup>14</sup>, que la oferta es una propuesta cuya finalidad es convertirse en un contrato en caso de que medie aceptación por la otra parte, y que debe contener términos suficientemente precisos para constituir un contrato<sup>15</sup>. Las diferencias se proyectan

---

<sup>10</sup> DÍEZ-PICAZO (*“La formación del contrato”*, ADC, T. XLVIII, F. I, 1995, p. 6) señala, siguiendo a AUDIT, que el precepto indicado se inspira en una concepción que distingue la oferta propiamente dicha de la propuesta contractual. Las propuestas de contratar constituyen el género y, dentro de él, como una especie particular, se sitúa la oferta, que es una propuesta que reúne unos determinados y estrictos requisitos. Las propuestas de contratar son declaraciones que manifiestan la intención de llegar en lo sucesivo a establecer un contrato que queda inicialmente diseñado en algunos de sus elementos. En concreto, “[...] El género «propuestas de contrato» parece dividirse en dos especies distintas: por una parte, se encuentran las genuinas ofertas y, por otra, las llamadas invitaciones a hacer ofertas que pueden ser interrogaciones sobre posibles intenciones, solicitudes de información o, en sentido estricto, invitaciones”.

<sup>11</sup> Artículo 2.1.2 –versiones 2004 y 2010-. PERALES VISCASILLAS, P. (*“Formación”*, VVAA *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 113 a 116) señala que el precepto, aunque mantiene una relación directa con el artículo 14.1 de la Convención de Viena de 1980, deriva del artículo 4.1 de la LUF, que establece asimismo como elementos mínimos para que una oferta sea considerada jurídicamente como tal, la intención del oferente y la suficiente definición de la propuesta, aunque no se especifican qué elementos hacen que la oferta sea así considerada.

<sup>12</sup> El Artículo 2:201 sólo se refiere a la finalidad de la oferta de convertirse en un contrato en caso de aceptación de la otra parte y a que debe contener términos suficientemente precisos para constituir un contrato. Ahora bien, debemos poner en relación ese precepto con el Artículo 2:101, que determina las dos condiciones necesarias para la conclusión de un contrato, y una de ellas es que el acuerdo sea suficiente. Sin embargo, siguen existiendo diferencias con la Convención de Viena de 1980, como desarrollaremos posteriormente, porque los PECL no concretan los elementos que deben contenerse en un acuerdo para que llegue a perfeccionarse como contrato, aunque sí ofrecen criterios para lograr la suficiencia del mismo – Artículo 2:103-.

<sup>13</sup> De acuerdo con el mimetismo que ciertas partes del DCFR guardan con los PECL, el Artículo II.- 4:201 es una copia literal del Artículo 2:201 de los PECL y, además, también sigue la línea de estos al dedicar el Artículo II.- 4:101 a describir los dos requisitos para la perfección de un contrato, entre los que se encuentra la suficiencia del acuerdo, y el Artículo II.- 4:103 a determinar los supuestos en que el mencionado acuerdo alcanza dicho estado.

<sup>14</sup> STS, Sala de lo Civil, 10 octubre 1980: “[...] una declaración de voluntad de naturaleza recepticia, como tal dirigida a otro sujeto y emitida con un definitivo propósito de obligarse si la aceptación se produce (...) conteniendo los requisitos indispensables al fin proyectado y por consiguiente con todos los elementos necesarios para el futuro contrato”.

<sup>15</sup> El Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía adopta en su artículo 13 una definición que engloba todos los extremos que se plantean los diversos instrumentos reseñados, ya que refiere la oferta tanto a la declaración que contiene

en relación con el ámbito de precisión requerido, con la necesidad de la determinación de los destinatarios de la oferta frente a la posibilidad de que se dirija al público, así como con el supuesto específico de ofrecimiento de mercancías, bienes o servicios a un precio concreto mediante anuncios, catálogos o exposición directa.

A nuestro juicio, las discrepancias señaladas responden a las diferentes ópticas mantenidas por los redactores de los mismos, en función de los diversos objetivos que pretenden cumplir cada uno de los instrumentos indicados, aun cuando la elección realizada pueda resultar contraria a lo que cabría esperar. Por una parte, la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit regulan, respectivamente, la compraventa internacional de mercaderías<sup>16</sup> y los contratos comerciales internacionales *in genere*<sup>17</sup>, por lo que sólo contemplan relaciones mantenidas entre empresarios o profesionales de carácter transnacional.

Tal perspectiva supone que opten por la seguridad en la concreción de los destinatarios de las propuestas y la falta de vinculación ante ofertas cuyos

---

todos los requisitos del contrato a realizar como a la que incluye las indicaciones suficientes para determinar su contenido. Asimismo, no considera oferta ni a la que se dirija a personas indeterminadas ni a los mensajes publicitarios, pero introduce un matiz que ninguno de los textos examinados se plantea. En este sentido, permite que esas propuestas puedan configurarse como invitaciones para ofertar o como promesas públicas; en ese segundo caso, cuando se formule una promesa a favor de quien cumpla una acción o revele la existencia de una situación determinada. Por su parte, el *Contract Code* parece responder a la especialidad que, en ciertos puntos, supone la concepción del *Common Law* frente al *Civil Law*, ya que, en su artículo 15, indica que la oferta es el conjunto de condiciones que el oferente propone al destinatario como base para un acuerdo, pero lo condiciona a la promesa de asumir esas condiciones en caso de aceptación. Sin embargo, si superamos la terminología utilizada y nos centramos en el análisis del fondo, no creemos descabellado afirmar que muestra una gran similitud con los preceptos analizados. En nuestra opinión, el artículo indicado alude a la precisión de la oferta mediante la remisión a las condiciones que deben configurar la base del contrato, pero sin mayor concreción, y a la intención del oferente de quedar obligado. También se alude a la invitación a ofrecer y, como novedad, al anuncio invitando a la celebración de un contrato, que abordaremos posteriormente (McGREGOR, H., *Contract Code, proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 39 y 40).

<sup>16</sup> Del artículo 1 de la Convención de Viena de 1980 se deduce que el ámbito de aplicación de la misma es la compraventa internacional de mercaderías entre sujetos con establecimientos situados en Estados contratantes diferentes. En cuanto al plano objetivo o material, nos interesa destacar que el propio precepto establece que, a efectos de determinar su aplicación, no se tendrá en cuenta el carácter civil o comercial de las partes o del contrato. Por lo que se refiere a la internacionalidad de la compraventa de mercaderías, CALVO CARAVACA, A. (“Artículo 1”, VVAA *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director y Coordinador DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998, pp. 48 a 54) considera inexcusable la misma, de forma que la Convención de Viena de 1980 no resulta aplicable a las compraventas internas. No obstante lo anterior, señala que, como muchos de sus preceptos son aptos para disciplinar tales compraventas, su entrada en vigor ha provocado “[...] una oleada de estudios comparados sobre la compraventa en los distintos países y se forme así una doctrina solvente, que pueda ser aprovechada para ulteriores reformas de los ordenamientos nacionales en la materia”.

<sup>17</sup> Vid. los comentarios realizados por los redactores al Preámbulo de la versión de 2004 (*Principios sobre los contratos comerciales internacionales 2004, Roma, 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT-, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 2), donde explican que la restricción del ámbito de aplicación de los Principios a los contratos «mercantiles» no pretende apoyarse en la tradicional distinción que existe en algunos sistemas jurídicos entre el carácter civil y mercantil de las partes y/o de los negocios jurídicos. No se trata de condicionar la aplicación de los principios al carácter formal de comerciantes que puedan tener las partes o a la naturaleza mercantil del contrato. El propósito es excluir del ámbito de los Principios las llamadas «operaciones de consumo». Y también se puntualiza que “Se trata de incluir no solamente a las operaciones comerciales para el abastecimiento o intercambio de mercaderías o servicios, sino también otros tipos de operaciones económicas, como las de inversión y/o otorgamiento de concesiones, los contratos de prestación de servicios, etc.”. En cuanto a la nota de internacionalidad, se aclara que los Principios no adoptan ninguno de los criterios presentes en las legislaciones nacionales e internacionales y se debe entender que únicamente se excluyen las relaciones contractuales que tengan puntos de conexión con un solo país.

destinatarios sean genéricos<sup>18</sup>. Sin embargo, nos resulta paradójico que, según la visión de la que parten estos dos instrumentos internacionales, respondan a un espíritu protector más propio de la legislación de los consumidores y usuarios que al tradicional criterio de la rapidez en el tráfico, propio de las relaciones mercantiles.

En el extremo contrario, los PECL y el DCFR consideran perfectamente factible que la oferta se dirija al público y que el destinatario se concrete con posterioridad a la formulación de la oferta, es decir, mediante la aceptación, así como que la proposición de la celebración de un contrato se configure gracias a la publicación o difusión de anuncios, el envío de catálogos o la exposición de los productos, bienes y servicios a un precio determinado. A su vez, consideramos que la *ratio* de esta elección obedece a que dichos textos también acogen la regulación de las relaciones entre empresarios y consumidores y usuarios<sup>19</sup>.

De esta manera y, en aras de la protección de los consumidores y usuarios, se inclinan por entender formulada una oferta con independencia de la determinación o no del destinatario en la misma o en un momento posterior, o cuando el empresario o profesional se sirva de anuncios, catálogos o de la presentación de los objetos o prestaciones a un precio establecido<sup>20</sup>. La única limitación permitida se deriva de una adecuada composición de los intereses en juego, ya que impide la vinculación del empresario una vez se agoten las mercancías almacenadas o la capacidad del profesional de prestar el servicio.

Por tanto, según el enfoque de los dos últimos instrumentos mencionados, la salvaguardia de los intereses de la parte inicialmente más débil en un contrato se

---

<sup>18</sup> Hemos indicado que los Principios Unidroit no se refieren explícitamente a los destinatarios de la oferta ni a la posibilidad de la oferta al público, pero sí lo hacen los comentarios realizados por los redactores al precepto 2.1.2, que coincide con la versión de 2010 (op. cit., p. 38). Al analizar el requisito de la intención del oferente de quedar obligado, se indica que dicha intención raramente es declarada de forma expresa, por lo que debe inferirse de las circunstancias del caso concreto. Se explicita que si la propuesta es dirigida a una o más personas concretas, es más probable que sea considerada una oferta que si dicha propuesta es dirigida al público en general. Por tanto, no se desecha la posibilidad de que configurar la oferta al público como una oferta en sentido técnico jurídico, pero sí se considera más difícil.

<sup>19</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (“Los Principios Lando”, *VVAA Derecho Contractual Europeo*, Director BOSCH CAPDEVILA, E. y Coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 161 y 162) explica que “La Comisión Lando estaba decidida a presentar un modelo de Derecho Contractual para todos los europeos, no sólo para facilitar las relaciones transfronterizas, sino también las transacciones puramente domésticas. Y, lo que parece más importante desde la visión de los redactores, se dirige a todos, empresarios y consumidores, aspirando así a constituirse en el marco general, sin distinguir contratos entre comerciantes de un lado, y contratos mixtos o contratos con o entre consumidores, de otro. Se sigue así la estela de la unificación de las obligaciones civiles y mercantiles que se inició con el Código Italiano de 1942 y el Código Suizo de Obligaciones de 1911”.

<sup>20</sup> PERALES VISCASILLAS (“Formación”, *VVAA Comentario...*”, cit., p. 117, nota 5) critica que los Principios Unidroit no incluyan una regla que determine cuál es el valor de las ofertas dirigidas al público en general y recomienda que sigan la formulación de la Convención de Viena de 1980, que les confiere el papel de meras invitaciones a hacer ofertas. Asimismo, defiende esa posición, con relación al Derecho español, con el objetivo de que exista concordancia con el derecho interno ya que la citada Convención forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde agosto de 1991. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo, por cuanto es lugar común en nuestra doctrina y jurisprudencia, a nuestro juicio de forma acertada, otorgar a las ofertas dirigidas al público la consideración de ofertas en sentido técnico jurídico. De la misma forma, también apoya el valor de los envíos de catálogos e instrumentos similares como invitaciones a hacer ofertas. Por otro lado, señala que los PECL mantienen una orientación contraria, postura que considera lógica por cuanto su ámbito de aplicación se extiende también a los contratos que celebren los consumidores.

logra mediante la ampliación de los supuestos en que se entiende formulada una oferta en sentido técnico. En principio, parece concordar en mayor medida con el principio de celeridad imperante en las relaciones comerciales que con la máxima de seguridad jurídica que habitualmente se predica del tráfico civil<sup>21</sup>. No obstante lo anterior, el punto de vista adoptado por los PECL y el DCFR también supone una mayor probabilidad de vinculación contractual del empresario o profesional ante la aceptación del consumidor y usuario. Esta tesitura, por un lado, puede constituir el objetivo del consumidor para obtener la satisfacción de sus necesidades y, por otro lado, conlleva una mayor cautela por parte del empresario o profesional a la hora de publicitar o difundir por cualquier medio sus productos o servicios ante el riesgo indicado y, por tanto, redundará en la seguridad del tráfico<sup>22</sup>.

Por lo que se refiere a la precisión que debe acompañar a toda propuesta para poder configurar una oferta en sentido técnico, consideramos que las diferencias que se plantean en una primera lectura son engañosas y, a pesar de las diferentes perspectivas que los instrumentos mencionados asumen, en todos ellos late el principio de la facilitación de la contratación<sup>23</sup>. En consecuencia y, aunque la lógica nos indujera a creer que los textos que contemplan la figura de los consumidores y usuarios debieran tender a una mayor exigencia de la concreción de los términos de la propuesta contractual, como mecanismo de protección, finalmente el denominador común es la amplitud con que se admite la configuración del contenido de la oferta.

Por último, una vez introducidos someramente los antecedentes de la Propuesta para la Modernización del Código Civil, podemos observar que, en nuestra opinión, el artículo 1.246 se inspira en sus tres antecedentes más inmediatos y recoge diferentes influencias de los mismos. La similitud con la Convención de Viena de 1980 descansa en que ambos textos no se limitan a exigir la precisión de la oferta, sino que exigen un *plus* de concreción que, en el caso de la Propuesta de

---

<sup>21</sup> MARTÍN RODRIGUEZ, M<sup>a</sup> A (*La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 66 y 86, 87 y 88) observa que se está produciendo la comercialización del Derecho civil, al igual que el fenómeno contrapuesto, la generalización y objetivación del Derecho mercantil.

<sup>22</sup> Esa tendencia no se ha mantenido en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM (2001) 635 final, en cuyo artículo 31, después de repetir la definición de oferta contenida en los PECL y en el DCFR, opta por exigir la determinación de los destinatarios de la oferta y niega, *a priori*, el carácter de oferta a la propuesta presentada al público. Sin embargo, su antecedente más inmediato, *el Feasibility study for a future instrument in European Contract Law* (versión mayo 2011), preveía, en su artículo 30, la oferta dirigida al público y la formulación de la propuesta contractual a través de la exhibición de mercancías o mediante la utilización de anuncios y catálogos. A nuestro juicio, no resulta coherente el cambio de criterio experimentado cuando estamos ante una Propuesta formulada en el seno de la UE, la cual ha girado su rumbo hacia la conciliación del impulso del mercado interior con la protección de los consumidores y usuarios, pero en cuyos objetivos siempre ha primado la segunda alternativa. En el artículo 32 de la versión de agosto de 2011 ya se detecta el cambio de rumbo.

<sup>23</sup> La diferencia más notable se plantea entre la Convención de Viena de 1980 y los restantes instrumentos no vinculantes, por cuanto la primera determina las menciones mínimas que debe contener toda oferta —mercaderías, cantidad y precio—, mientras que los demás textos se limitan a exigir la suficiente precisión de la oferta sin aludir a cuestiones concretas. No obstante lo anterior, la Convención de Viena de 1980 también supone un avance frente a las posiciones mantenidas por ciertos ordenamientos jurídicos vigentes, como el nuestro.

Modernización indicada, implica la precisión de los elementos necesarios del contrato, si bien permite que, en su defecto, se prevea la forma de determinarlos.

Otro rasgo que demuestra la conexión existente entre la Convención de Viena de 1980 y la Propuesta de Modernización del Código Civil radica en que requieren la determinación de los destinatarios para la configuración de una oferta de contrato y, en caso contrario, simplemente estaremos ante una simple invitación a presentar ofertas, salvo expresa voluntad del oferente en contrario. Además, ninguno de los dos textos contempla la posibilidad de ofertar a través de anuncios, catálogos o la exposición de bienes y servicios. Por último, la discrepancia con la Convención citada, que le acerca a los Principios Unidroit y a los PECL -y al DCFR-, consiste en que el texto objeto de nuestra investigación no ejemplifica los elementos que valora imprescindibles para la configuración de una propuesta como oferta<sup>24</sup>.

En los siguientes epígrafes del presente capítulo examinaremos con detenimiento las diversas opciones que se le ofrecen al legislador para acometer la regulación de la oferta del contrato, frente a la adoptada en la Propuesta de Modernización del Código Civil, de acuerdo con los instrumentos señalados y las posiciones de la doctrina y jurisprudencia existentes hasta la fecha. Asimismo, también valoraremos otras soluciones existentes, ya sea en proyectos alumbrados con posterioridad a la citada Propuesta, ya sea en proyectos que la misma no ha tomado en consideración, así como los matices o alternativas que se plantean en diversos textos legislativos nacionales o extranjeros.

## **2. NATURALEZA**

Antes de acometer el análisis de las condiciones que debe revestir una propuesta para alcanzar la consideración de oferta contractual, varios exponentes de nuestra doctrina más autorizada y de la europea proceden al análisis de su naturaleza, al entenderla vinculada indefectiblemente con el concepto de la misma, lo que ha originado la existencia de debates de elevado nivel jurídico<sup>25</sup>. A pesar de

---

<sup>24</sup> Artículo 1.246: “La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta siempre que precise los elementos necesarios del contrato o prevea la forma de determinarlos y revele la voluntad del oferente de obligarse. La propuesta de contratar que se dirija a personas indeterminadas se considerará como simple invitación a presentar ofertas a menos que el proponente exprese lo contrario”.

<sup>25</sup> MENÉNDEZ MATO, J.C. (*La Oferta Contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998, pp. 77 y 78) nos aclara que, para poder entender en toda su extensión el problema, debemos realizar un previo análisis conceptual de, al menos, cuatro términos: hecho jurídico, acto jurídico, negocio y contrato. A la dificultad que supone dicho análisis, hay que sumar el hecho de que el significado de tales términos se halla directamente vinculado al ordenamiento jurídico desde el que se realiza. En especial, y como en muchos otros aspectos, hay que distinguir entre los ordenamientos de corte germánico y los de corte latino. Alemania fue el lugar de creación de la categoría de negocio jurídico, por lo que se utilizan los términos citados a nivel legal doctrinal y jurisprudencial. Por el contrario, en los países de tradición romanista el concepto de negocio jurídico no tiene reconocimiento legal, si bien la situación se complica aún más porque, en algunos casos, la doctrina y la jurisprudencia han recibido tal concepto, como ocurre en Italia y en España, frente a otros países, como Francia. En nuestra opinión, la complejidad expuesta se extiende a otras problemáticas, ya que la doctrina y la jurisprudencia utilizan el concepto de negocio jurídico para la resolución de vacíos o contradicciones que surgen en el plano legislativo, el cual no toma en consideración dicha figura.

ello, y según nuestro criterio, tales debates constituyen un ejercicio teórico, que puede calificarse como estimulante, pero sin que lleguen a ofrecer ningún resultado relevante para la conceptualización de la figura de la oferta.

Sin embargo, y a modo de conclusión, podemos extraer una aplicación funcional del mencionado ejercicio, la cual nos reconduce a las reflexiones sobre dos temas trascendentales, objeto de estudio en epígrafes posteriores<sup>26</sup>, aunque nuestra postura pueda suponer que se nos tache de un excesivo pragmatismo y, además, no sea compartida por todos los tratadistas que han abordado esta cuestión. Nos referimos, por un lado, a la revocabilidad o irrevocabilidad de la oferta<sup>27</sup> -junto a la duración mínima de dicha proposición- y, por otro lado, a la sustantividad o autonomía de la propuesta inicial, en relación con su fuerza vinculante<sup>28</sup>.

Sin perjuicio del corolario expuesto, no vamos a hurtar el tratamiento sucinto de esta usual cuestión y adelantaremos unas breves pinceladas que entendemos también servirán para abordar los dos temas reseñados con mayor comodidad<sup>29</sup>. Asimismo, la temprana aparición y subsistencia posterior de esta controversia, junto con muchas de las discusiones que tendremos la oportunidad de abordar a lo largo de esta investigación, se nos ofrece como un argumento irrefutable del peso que esta figura y, en directa relación, la génesis contractual han alcanzado. Argumento que debemos contraponer frente a aquellos que sostienen que la ausencia de su regulación en el Código Civil vigente es una circunstancia que no requiere la atención de legislador, precisamente porque la abundancia de materiales doctrinales y resoluciones jurisprudenciales facilita la respuesta que no obtenemos del cuerpo legal sobre el que se articula el Derecho civil español.

---

<sup>26</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. (en la traducción de la 39ª edición alemana, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas de ENNECCERUS, L. y NIPPERDEY, H.C., *Derecho Civil (Parte General)*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 262 y 263) consideran que hay que distinguir entre el problema de la fuerza vinculante de la oferta de otras dos materias que, hasta cierto punto, le son afines. Se refieren a la sustantividad de la declaración después de emitida y a la posibilidad de admitir la voluntad unilateral como fuente de obligaciones.

<sup>27</sup> ARRIALLAGA (op. cit., p. 13) expone la discusión sobre la producción de efectos jurídicos por parte de las declaraciones unilaterales ya que el artículo 1.089 del Código Civil no incluye la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones, lo que se relaciona con la cuestión planteada dado que “[...] si la declaración de voluntad no tiene fuerza vinculante, las promesas carecen de valor y las ofertas pueden ser libremente retiradas hasta el momento de la perfección del contrato”. Por su parte, ROCA SASTRE, R.Mª. (“La voluntad unilateral como fuente creadora de obligaciones”, *VVAA Estudios de Derecho Privado*, T. I, *Obligaciones y Contratos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948, p. 200) parte de la fuerza vinculante de la oferta para defender que la voluntad unilateral es fuente creadora de obligaciones.

<sup>28</sup> MARTÍNEZ GALLEGO (*La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 28) apunta que “La determinación de un concepto preciso de oferta resulta necesaria para resolver en páginas sucesivas problemas de tanta importancia como la sucesión mortis causa del oferente, lo que dependerá de que entendamos la oferta con sustantividad propia o no; en definitiva, de que aceptemos su autonomía”.

<sup>29</sup> A diferencia de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, y en una posición muy cercana a la nuestra, COCA PAYERAS, M. (“Comentario al Artículo 1.262 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 448) señala que la duración de la oferta es una cuestión compleja, lo que también se puede plantear desde la óptica de su extinción, la cual ofrece dos perspectivas básicas: la de su fuerza vinculante para el oferente y la de su transmisión *mortis causa*. Indica que, a su vez, la primera faceta planteada –fuerza vinculante para el oferente– es doctrinalmente planteada bajo diversas perspectivas: posibilidad de que el oferente desista; validez de la oferta; plazo para la aceptación; autonomía de la oferta; vigencia de la oferta; sustantividad o fuerza vinculante de la oferta.

A nuestro modo de ver, entendemos que la realidad de las incesantes discusiones y el surgimiento de nuevas problemáticas en torno a las diversas vicisitudes que surgen antes de alcanzar la conclusión de un contrato justifican sobradamente que, de una vez por todas, encuentren su lugar en nuestro Derecho contractual y, en concreto, se reflejen en el Código Civil. Además, debemos volver a traer a colación que, como ya hemos avanzado, esos debates obedecen a las nuevas situaciones que nacen como fruto de la evolución de la sociedad, economía y tecnología y, por tanto, el Derecho debe brindar las oportunas respuestas.

De forma sintética, los autores se dividen entre los que confieren a la oferta diferente naturaleza según sus características y los que asignan igual naturaleza a toda clase de ofertas. Dentro de esta última posición doctrinal, la elección se plantea entre considerar la oferta como un negocio jurídico unilateral -que es la tesis minoritaria-<sup>30</sup> o conceptuarla como un acto jurídico o declaración de voluntad<sup>31</sup>. La primera postura también considera que la oferta se incardina en las opciones mencionadas, pero no *a priori*, sino en función del caso.

De esta manera, podrá configurarse como acto jurídico cuando ni el destinatario ni el plazo de vigencia estén determinados, mientras que adquirirá la categoría de negocio jurídico unilateral cuando ambos aspectos sean precisados (*pollicitatio*), aunque, por lo que se refiere a la concreción del receptor de la oferta, se admite la posibilidad de que sea individual o colectivo<sup>32</sup>. Además, en este segundo supuesto, la oferta devendrá irrevocable, si bien los autores construyen diversas teorías para apoyar dicha circunstancia<sup>33</sup>.

Además, algún autor también introduce una matización al enfoque de la oferta como acto jurídico, que descansa en la consideración de la oferta no sólo como un mero acto jurídico, sino como un acto *negocial*, e incluso *prenegocial*, lo que supone hacer hincapié en la finalidad esencial de la oferta, que no es otra que provocar su aceptación y, en consecuencia, establecer una relación contractual entre proponente

---

<sup>30</sup> DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, *Parte General, Obligaciones y Contratos*, revisado por DE COSSÍO Y MARTÍNEZ y LEÓN ALONSO, J., 1ª edic., Civitas, Madrid, 1988.

<sup>31</sup> FLUME, W. (*El negocio jurídico*, T. II, Traductores MIQUEL GONZÁLEZ, J.M y GÓMEZ CALLE, E., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 51 y 744) sostiene que el negocio jurídico puede consistir en una sola declaración de voluntad, y explica que los conceptos de negocio jurídico y declaración de voluntad coinciden cuando el acto de autoconfiguración de una relación jurídica estructurado por el ordenamiento jurídico solamente consiste en la manifestación de la autodeterminación de una persona, es decir, sólo consta de una declaración de voluntad, v. gr. la declaración de desistimiento. Por otro lado, razona que la oferta tiene un efecto jurídico inmediato sólo en el caso de que confiera al destinatario de la oferta el derecho de determinar la perfección del contrato mediante la aceptación de la oferta, por tanto, estima que, con la opinión mayoritaria, no hay que valorar la oferta como negocio jurídico y sólo lo es el contrato que surge de las declaraciones de voluntad de las contratantes.

<sup>32</sup> AUBERT, J.L., *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, Paris, 1970, citado por MENÉNDEZ MATO, "La oferta ...", cit., pp. 81 y 82.

<sup>33</sup> GARCÍA-GRANERO COLOMER, op. cit., pp. 387 y 388.



y receptor<sup>34</sup>. Se afirma que es la tendencia mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia; sin embargo, los ejemplos en apoyo de dicha tesis sólo alcanzan a la caracterización de la oferta como acto jurídico en contraposición a su calificación como negocio jurídico unilateral<sup>35</sup>.

En este sentido, lo que podemos inferir de las diferentes aportaciones doctrinales y jurisprudenciales es que la opinión dominante en nuestro país conceptúa a la oferta –y, por tanto, también a la aceptación– como un acto jurídico en sentido estricto y, en concreto, un tipo de acto jurídico consistente en una declaración de voluntad<sup>36</sup>. Tal y como razona uno de nuestros civilistas insignes<sup>37</sup>, mantener el carácter de negocio jurídico unilateral de la oferta implicaría atribuir al destinatario un derecho potestativo consistente en la posibilidad de perfeccionar un contrato mediante la aceptación<sup>38</sup>, cuando la aceptación no es un acto de ejercicio de un derecho, sino un acto de autonomía privada y de ejercicio de capacidad de obrar.

Por nuestra parte, creemos que la opinión expuesta es la opción más acertada, es decir, conceptuarla como un acto jurídico o manifestación de voluntad, frente a la posibilidad de alterar su naturaleza jurídica a causa de dos circunstancias, referidas ambas, en definitiva, a su configuración como irrevocable. De este modo, la oferta se transformaría desde su consideración como un mero acto jurídico a su caracterización como negocio jurídico unilateral. Una de la circunstancias que se afirma que provocan semejante cambio de la naturaleza de la propuesta inicial reside en el mero establecimiento de un plazo de vigencia por el oferente, eventualidad de la que, en nuestra opinión, no puede inferirse la irrevocabilidad de la oferta<sup>39</sup>, mientras que la segunda se refiere, lógicamente, a la determinación expresa del carácter irrevocable de la proposición contractual por el oferente.

---

<sup>34</sup> CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, p. 78.

<sup>35</sup> MENÉNDEZ MATO (“*La oferta ...*”, cit., p. 79, nota 146) concreta que esa denominación procede de la doctrina italiana –mayoritariamente acogida aunque también ha sido objeto de críticas– y señala que se ha introducido esta nueva categoría porque, en cuanto a la naturaleza de tales actos, no son *negociales per se* –no son negocios jurídicos–, en cambio, desde la perspectiva de la formación del contrato, se consideran un acto *negocial* en cuanto influyen necesaria y directamente en el nacimiento y contenido del negocio jurídico bilateral al que preceden: el contrato.

<sup>36</sup> MARTÍNEZ GALLEGO, op. cit., p. 29.

<sup>37</sup> Díez-Picazo, “*Fundamentos ...*”, cit., p. 353. En el mismo sentido, y con cita del autor reseñado, LALAGUNA DOMÍNGUEZ (ops. cit., pp. 1145 y 1088) no sólo niega el carácter de negocio unilateral que algunos comentaristas atribuyen a la oferta, sino que la diferencia de otras figuras, como el contrato de opción y la promesa unilateral.

<sup>38</sup> ENNECCERUS, L. y NIPPERDEY, H.C., *Derecho Civil (Parte General)*, traducción de la 39ª edición alemana, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Pérez González, B. y Alguer, J., Bosch, Barcelona, 1981, p. 260.

<sup>39</sup> Tal y como abordaremos posteriormente, resulta cuestionable que, en ordenamientos jurídicos como el español, se deduzca el carácter irrevocable de la oferta del mero establecimiento de un plazo de vigencia. Sólo se nos ofrece posible en ordenamiento jurídicos, como el alemán (§ 145 B.G.B.) y los que en él se han inspirado –portugués– o cercanos, como el austriaco, en los que se atribuye expresamente fuerza vinculante a la oferta, por cuanto niegan la posibilidad de que sea revocada, salvo que así lo establezca claramente el oferente.

Ahora bien, tal y como se desprende de lo expuesto, este aserto descansa en la convicción mantenida por nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritaria de que la oferta es esencialmente revocable y el derecho a la revocación sólo puede verse constreñido por la expresa voluntad del proponente. En tal caso, los problemas que puedan surgir al verse frustrada la confianza del destinatario a causa de la revocación de la oferta cuando ésta exprese o le resulte connatural un plazo de vigencia, se resolverán en sede de responsabilidad precontractual<sup>40</sup>. Por el contrario, para aquellos ordenamientos que parten de la irrevocabilidad de la oferta, resulta admisible que encuentren en ella un negocio jurídico<sup>41</sup>.

En resumen, después de ponderar las diferentes posiciones y razonamientos ofrecidos en los párrafos precedentes, la única conclusión factible, que puede ser compartida por los diversos exponentes de aquéllas, es que no existe una respuesta unívoca que sea válida sobre la naturaleza de la oferta<sup>42</sup>. Como ya expusimos al inicio de este epígrafe, a nuestro juicio la cuestión tratada se relaciona íntimamente con varios temas que afectan a la propia esencia de la oferta, por lo que requieren una atención más profunda y, consecuentemente, los abordaremos con posterioridad en epígrafes independientes.

## **II. REQUISITOS**

El primer párrafo del artículo 1.246 de la Propuesta de Modernización del Código Civil se ocupa de los dos requisitos que, prácticamente de forma unánime, han venido exigiendo en nuestro país la doctrina y jurisprudencia para calificar una propuesta contractual como oferta<sup>43</sup>. Asimismo, presenta bastantes semejanzas con los instrumentos internacionales en los que se apoya, si bien esboza ciertas

---

<sup>40</sup> CUADRADO PÉREZ, “La formación del contrato en la Propuesta de Modernización del Código Civil”, VVAA *Negociación y perfección de los contratos*, Directora PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 216 y 217.

<sup>41</sup> RAMELLA, A. (*Tratado de la correspondencia en materia civil y mercantil*, Madrid, Reus, 1897, pp. 94 y ss.) exponía con gran lucidez en época tan temprana que “[...] para la doctrina y las legislaciones que reconocen la revocabilidad de la oferta, no está ínsita en ésta eficacia alguna, sino que solamente se presenta para ella la posibilidad de que, interviniendo la aceptación, se derive una consecuencia de derecho. La oferta es por ello simplemente el elemento de un posible futuro negocio jurídico. (...) Quien en cambio adopta la irrevocabilidad de la oferta no puede sino encontrar en ella un negocio jurídico, esto es, una promesa unilateral vinculativa durante un determinado tiempo”.

<sup>42</sup> Para finalizar, MENÉNDEZ MATO (“*La oferta ...*”, cit., p. 83 y nota 155) resume perfectamente la situación expuesta en nuestro trabajo cuando resalta que la clave de la naturaleza jurídica de la oferta se encuentra, precisamente, en la posibilidad o imposibilidad de revocarse una vez conocida por su destinatario —aclaración innecesaria por cuanto, si la oferta no es conocida por su destinatario podrá ser retirada pero no revocada, diferencia que abordaremos ampliamente en el epígrafe correspondiente—.

<sup>43</sup> Sin ánimo exhaustivo, CAPILLA RONCERO, F., “Oferta” (D<sup>o</sup> Civil), EJB, T. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 4561; DURANY PICH, S., “Perfección del contrato” (D<sup>o</sup> Civil), EJB, T. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 4840; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, T. III, *Obligaciones y contratos*, Pirámide, Madrid, 1976, p. 467; SCALS PELLICER, J., “Oferta”, NEJ, Seix, Barcelona, 1986, pp. 367 y 368; MORENO QUESADA, “*La oferta de...*”, cit., pp. 64 a 67; DíEZ-PICAZO, “*Fundamentos ...*”, cit., pp. 353 y 354 y “*La formación ...*”, cit., pp. 7 y 8; y LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, T. II, V. I<sup>o</sup>, 4<sup>a</sup> edic., Dykinson, Barcelona, 2007, p. 375. En cuanto a la jurisprudencia, podemos mencionar las SSTs, Sala de lo Civil, 10 octubre 1980, 26 noviembre 1987, 5 junio 1990, 11 abril 1996 y 30 mayo 1996.

diferencias cuya conveniencia analizaremos a fin de construir una caracterización de la oferta que facilite respuestas a los problemas que confluyen en esta figura.

## 1. DETERMINACIÓN Y DETERMINABILIDAD

En este punto, procederemos a un profundo análisis de la exigencia contenida en la Propuesta de Modernización del Código Civil con relación a la concisión en la oferta de los elementos necesarios del contrato o, en su defecto, la previsión de la forma de determinarlos. Desde una perspectiva sistemática, se le ha calificado como el requisito objetivo de la oferta, por atender al contenido material de la propuesta<sup>44</sup>. Además, hemos de ponerlo en conexión directa con el renovado principio de la autonomía de la voluntad, por cuanto consagra una de las dos facultades en que se descompone dicho axioma: la libertad de determinación del contenido del contrato<sup>45</sup>.

Ninguno de los textos previos a la Propuesta de Modernización menciona los elementos del contrato, ya sean necesarios o no, sino que aluden a la precisión de la oferta, o de los términos que contenga la misma, en clara referencia a este presupuesto. La distancia tan notoria respecto de tales instrumentos no es fruto de la casualidad ni consecuencia de un original planteamiento de la Propuesta de Modernización, sino que obedece al acogimiento de la posición tradicionalmente mantenida por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias de nuestro país<sup>46</sup>. Éstas han venido demandando que la oferta presente un carácter completo, de modo que, con la simple aceptación del destinatario, el contrato se perfeccione<sup>47</sup>, lo que se ha identificado con que la oferta reúna los elementos esenciales del contrato *-essentialia negotii-*<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> GUILLÉN CATALÁN, R., *Oferta Contractual y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 23 y MENÉNDEZ MATO, “La oferta ...”, cit., p.144.

<sup>45</sup> MENÉNDEZ MATO (“La oferta ...”, cit., p. 144) afirma que la oferta es una de las expresiones más claras del ejercicio de la libertad contractual de las personas, y establece la misma conexión que nosotros mantenemos entre los elementos en que puede descomponerse y las dos vertientes de la libertad contractual. De esta manera, el carácter completo de la oferta se corresponde con la faceta objetiva de la misma y esta, a su vez, se identifica con una de las esferas de la libertad contractual: la libertad de configuración interna del contrato. De la misma forma, se puede establecer la equivalencia entre la voluntad contractual del oferente y el ingrediente subjetivo de la oferta, lo que concuerda con la otra perspectiva de la autonomía contractual: la libertad de conclusión del contrato.

<sup>46</sup> BOSCH CAPDEVILA, E., “Formación”, VVAA *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, T. I, Coordinadores VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., Atelier, Barcelona, 2012, p. 301.

<sup>47</sup> Además de la intención de contratar, será la vertiente objetiva de la oferta la que nos ayude a distinguirla de los meros tratos preliminares que, como apunta GÓMEZ LAPLAZA, M.C (“Artículo 1.262”, VVAA *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Directores ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., T. XVII, V. 1-B, Edersa, Madrid, 1993, p. 60) se encaminan a la formación de una oferta y, por tanto, desaparecen una vez cumplida su misión. Por su parte, MENÉNDEZ MATO (“La oferta ...”, cit., p. 144) indica que ese aspecto de la oferta ayuda a diferenciarla de otros actos precontractuales, como, por ejemplo, la simple publicidad o la *invitatio ad offerendum*.

<sup>48</sup> Díez-PICAZO (“Fundamentos ...”, cit., p. 447) nos advierte de que la teoría de los elementos del contrato posee toda la arbitrariedad de las clasificaciones escolásticas y se forma implicando ideas que son completamente heterogéneas. Si nos centramos en los denominados elementos esenciales, dado que vamos a aludir a los mismos reiteradamente, la doctrina tradicional dice que son los componentes absolutamente necesarios para la validez y eficacia del contrato, como, por

Sin perjuicio de lo expuesto, el rigor expresado respecto a la concurrencia de los elementos esenciales o necesarios del contrato en la oferta se ha ido mitigando por la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido de considerar suficiente que la propuesta contenga las pautas para determinarlos<sup>49</sup>, siempre que no resulte necesario un nuevo acuerdo entre las partes. De esta manera, la doctrina y la jurisprudencia han acabado por admitir pacíficamente que los elementos esenciales del contrato sean determinables *a posteriori* y, por tanto, que se concreten en un momento ulterior según las bases objetivas establecidas en la oferta<sup>50</sup>.

A pesar de lo anterior, los progresos alcanzados no han llegado al punto de admitir que la fijación de los elementos necesarios del contrato quede exclusivamente en manos de uno de los contratantes<sup>51</sup>, papel que, aunque *a priori* parece que correspondería al oferente, nada obsta a que éste pretendiera atribuir tal facultad al aceptante en la propuesta remitida. Sin embargo, semejante posibilidad atentaría flagrantemente contra la prohibición indiscutida de dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos –art. 1.256 CC<sup>52</sup>– y,

---

ejemplo, la cosa y el precio en el contrato de compraventa. Por tanto, el autor reseñado concluye acertadamente que son requisitos o presupuestos de validez del negocio.

<sup>49</sup> SCALS PELLICER (“Oferta”, cit., p. 368) indica que la oferta, para que sea completa, tiene que contener todos los elementos esenciales propios del contrato de que se trate, bien en sí misma considerada, bien con referencia a otras circunstancias externas pero conexas; y debe contenerlos bien de forma concreta y detallada, o bien en sus líneas básicas y generales, sentando unos principios o criterios conforme a los cuales sea posible determinar aquéllos. Esta opinión la sustenta en los artículos 1.447 y 1.448 del vigente Código Civil.

<sup>50</sup> Después de exponer la opinión de algunos de sus contemporáneos, MORENO QUESADA (“La oferta de...”, pp. 64 a 67) afirma que la validez de las ofertas en las que se ha dejado a un acto posterior la concreción de uno de sus elementos estará condicionada al tenor de la reserva. De esta forma, si en la oferta se han establecido de un modo claro las bases que van a servir para la determinación ulterior y objetiva del elemento del negocio sujeto a revisión, podrá considerarse vinculante dicha propuesta, una vez que a ella se preste la aceptación, así como la aceptación también lo será para el que la emita cuando la conozca el oferente, y todo ello antes de que se haya fijado definitivamente el elemento dejado inestable. Además, remarca que la oferta no incurrirá en la prohibición del artículo 1.449 del Código Civil vigente y, en cambio, será válida al amparo del artículo 1.447 anterior.

<sup>51</sup> La doctrina patria tiende mayoritariamente a no reconocer la posibilidad de la determinación de los elementos esenciales del contrato de forma unilateral por uno de los contratantes, aunque se sirva de formulaciones que, aparentemente, pueden resultar contradictorias. Por ejemplo, GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 60) es partidaria de que la determinación de algunos extremos puedan dejarse al arbitrio del destinatario o de un tercero, con apoyo en los artículos 1.273, 1.447 a 1.449 y 1.690, pero matiza que deberá hacerse saber al destinatario los límites en que puede desenvolverse dicho arbitrio y su aceptación deberá recaer sobre ese punto. Por su parte, SCALS PELLICER (“Oferta”, cit., p. 368) niega la validez en nuestro sistema de una oferta que dejase al arbitrio del destinatario la concreción de algún elemento esencial salvo que se establecieran previamente ciertas bases para su determinación o límites dentro de los cuales tuviera que moverse. En caso contrario, dicha oferta no vincularía al proponente a menos que quisiera voluntariamente estar y pasar por las condiciones así establecidas, llegando a plantear que dicha oferta sería nula y que el destinatario estaría formulando una contraoferta que, como cualquier otra, podrá ser aceptada o rechazada.

<sup>52</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M. (Comentarios al Código civil español, T. VIII, Vol. 2º, 6ª ed. revisada por MORENO MOCHOLÍ, M., Reus, Madrid, 1967, p. 414) señala que la terminante prohibición recogida en el precepto mencionado descansa en dos motivos que califica de justicia. Uno reside en la fuerza obligatoria del contrato, que proclama el artículo 1.258, y otro radica en la igualdad esencial de los contratantes, que impide quede uno sujeto al convenio y el otro libre de él, ya que, en rigor, sólo habría una voluntad expresada y un sujeto sometido, por lo que faltaría verdadero consentimiento. Además, deduce *a contrario* que sería perfectamente lícito confiar la validez y el cumplimiento del contrato a la suerte de un tercero y a la voluntad de cualquiera de las partes. En el primer caso, la obligación dependería de una condición no potestativa, situación reconocida en nuestro Código Civil, y, en el segundo supuesto, no se vulneraría ni la letra del precepto, que circunscribe la prohibición al arbitrio de uno de los contratantes, ni se faltaría a la igualdad entre los contratantes, por cuanto ostentarían las mismas facultades respecto del cumplimiento. Este caso se produce frecuentemente en ciertos contratos, v.gr. arrendamientos de servicios, suministro de energía eléctrica, etc.

por tanto, podría conllevar como sanción la nulidad del convenio que contravenga dicha prohibición<sup>53</sup>.

En consecuencia, esta alternativa se ve limitada, en términos generales, a la concreción por parte de los propios interesados o por un tercero<sup>54</sup>, ya sea un árbitro o el propio juzgador<sup>55</sup>, si bien en el primer caso los contratantes han de establecer los límites dentro de los cuales dicho tercero puede desenvolverse. También se llega a admitir que uno de los contratantes pueda realizar la labor de delimitación a la que nos referimos, siempre que se marquen con claridad las bases y criterios que debe manejar en su labor<sup>56</sup>, aunque hay autores que suavizan la rigurosidad

---

<sup>53</sup> Los pronunciamientos de la jurisprudencia relativos al artículo mencionado ratifican la declaración de nulidad para el acuerdo que vulnere la prohibición general de discrecionalidad y arbitrariedad unilateral dispuesta en el artículo 1.256, sin solución de continuidad hasta la actualidad. Por su claridad, debemos referirnos a la STS, Sala de lo Civil, 5 abril 2013, donde se analiza la posible nulidad de un contrato de compromiso de compraventa en relación con un contrato de compraventa posterior, respecto del que no procede declarar su nulidad porque consta la buena fe de los terceros adquirentes, examinando también la inexistencia de una doble venta al no existir dos contratos independientes. La citada resolución establece, con relación al compromiso de venta litigioso, que “[...] la citada nulidad no deriva tanto de la ausencia, en sentido estricto, de un plazo para proceder al pago del precio, ya porque de la interpretación de la cláusula tercera, apartado b), pueda razonablemente inferirse que su fijación última se deja al “libre criterio de la partes”, o bien, y en tal caso, a su fijación judicial, sino porque ambas alternativas en la fijación del plazo quedan condicionadas, a su vez, a un previo hecho cuya realización o cumplimiento depende de la discrecionalidad o arbitrio de la parte actora, es decir, “llevar a efecto las ventas de las parcelas B-37 y B-42 por medio de su inmobiliaria”, sin precisión contractual alguna que delimite, mínimamente, el marco de su realización que queda, por tanto, a su exclusiva voluntad”. En la misma línea, si bien *sensu contrario*, podemos mencionar las SSTS, Sala de lo Civil, 6 mayo y 18 julio 2013, posición que se retrotrae a fechas tan tempranas como las SSTS, Sala de lo Civil, 5 marzo y 20 mayo 1896 y 25 octubre 1924.

<sup>54</sup> El artículo 1.256 está en íntima conexión con el artículo 1.115 que, al regular la obligación condicional, prohíbe que el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, pero permite que quede a la suerte de un tercero. Existe una clara relación con una de las prescripciones relativas a la sociedad civil –artículo 1.690–, que prevé que los socios confíen a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, siempre que se sujete en su decisión a la equidad, y no permite que se encomiende a uno de los socios.

<sup>55</sup> Resulta muy interesante la STS, Sala de lo Civil, 13 febrero 2013, que analiza un contrato de arrendamiento de industria de estación de servicio, con exclusiva de suministro y abanderamiento, por cuanto plantea que los órganos jurisdiccionales también pueden incurrir en la vulneración del artículo 1.256 del Código Civil. Frente a la sentencia recurrida, el TS circunscribe el problema en la justificación del largo plazo de arrendamiento como un elemento de la causa negocial común a dos negocios coligados, el contrato litigioso y la compraventa de la totalidad de las acciones de la compañía mercantil propietaria anterior de la gasolinera. Definida legalmente la causa de los contratos onerosos para cada parte contratante como la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte –artículo 1.274 Código Civil–, consideró que la contraprestación por la transmisión de la propiedad de la gasolinera no se reducía al precio por el que se vendieron las acciones de la mercantil dueña anterior de dicha gasolinera, sino que incluía también el arrendamiento de la repetida gasolinera y, además, por un largo periodo de tiempo. A pesar de los datos evidentes para el TS, la sentencia recurrida prescinde de lo pactado por las partes en el contrato litigioso, que incluye una duración perfectamente determinada, para, sustituyendo su voluntad por la del propio tribunal sentenciador, convertirlo en un arrendamiento de duración indefinida, pero sin plantearse si en tal caso lo procedente no sería su nulidad, con la consiguiente recuperación de la gasolinera por la anterior propietaria, dada la operación conjunta apreciada por la propia sentencia, o el ajuste de la duración del arrendamiento a los límites temporales del usufructo, como hace la jurisprudencia más reciente. En palabras del TS, “[...] En suma, la sentencia recurrida permite que la validez y el cumplimiento del contrato litigioso haya quedado al exclusivo arbitrio de Galp, infringiendo así el art. 1256 CC, y desde este punto de vista infringe también el art. 1124 CC, aunque por razones distintas de las alegadas en el motivo, porque las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (art. 1091 CC) y, por tanto, constituye incumplimiento contractual el darlo por finalizado sin causa justificada antes del plazo libremente convenido. La mejor prueba de la infracción del art. 1256 CC en que incurre la sentencia recurrida está en la principal consecuencia que produce, [...]”.

<sup>56</sup> MORENO QUESADA (“La oferta de...”, pp. 64 a 67), como continuación del razonamiento iniciado en la nota 50, entiende que si la oferta no recoge las bases para la determinación del elemento en cuestión, por quedar al exclusivo arbitrio de uno de los contratantes, “[...] no será válido el trato así concluido si el aceptante no lo desea, y en caso de prestarse conformidad lo será a la oferta modificada y no a la primitiva –que es de la que se trata–”. Cierra su argumento, que no compartimos, explicando que dejar la determinación de uno de los elementos al oferente le confiere la posibilidad de impedir la celebración del contrato y, por tanto, considera que estamos ante una oferta condicionada, con reserva de la facultad de concluir o no el contrato y le confiere el valor de mera *invitatio ad offerendum*.

mencionada<sup>57</sup>. La particularidad la encontramos en la determinación del precio, elemento cuya concreción ha experimentado una transformación singular, por lo que nos detendremos en su análisis.

#### **a. ELEMENTOS NECESARIOS DE LA OFERTA**

Se impone, por tanto, discernir qué elementos del contrato se reputan necesarios a efectos de su presencia en la oferta o, al menos, que se puedan perfilar con posterioridad al acuerdo a través de los criterios contenidos en la proposición inicial<sup>58</sup>. Incomprensiblemente, la Propuesta de Modernización del Código Civil no explicita en su articulado cuáles son los presupuestos necesarios para la existencia del contrato, aunque facilita la delimitación de los mismos en sentido negativo. En este punto, podemos avanzar que, sin duda alguna, los redactores de la Propuesta de Modernización no estiman imprescindible que las partes expresen el precio ni prevean el modo para su determinación posterior, si bien lo condicionan a que concurren las circunstancias que detalla<sup>59</sup>, cuyo examen afrontaremos posteriormente.

La situación expuesta se ve reforzada con una previsión contenida en el capítulo dedicado a las Disposiciones Generales, según la cual las partes deben describir *suficientemente* sus obligaciones, a lo que se añade un trasunto del artículo 1.256 levemente modificado en aras a apoyar la previsión antedicha, de forma que

---

<sup>57</sup> ENNECCERUS y NIPPERDEY (op. cit., pp. 253 y 254) mantienen una posición interesante en esta materia. De esta forma, no se refieren expresamente a la completitud de la oferta, sino que aluden a que la oferta tiene que estar determinada de tal suerte que en virtud de la aceptación pueda lograrse el acuerdo sobre la totalidad del contrato. Ello ocurre cuando contiene todas las condiciones esenciales del contrato y aquellas no esenciales sobre las que el oferente se propone un convenio según su declaración. No es menester que se pronuncien directamente todas las condiciones del contrato, sino que basta que resulten de la oferta junto con las circunstancias concurrentes, especialmente en conexión con los tratos preliminares. También admiten que la oferta quede indeterminada en algunos aspectos, cuyo ejemplo por antonomasia es la atribución de la fijación de tales aspectos por el oferente a la otra parte, permitiendo que la contraparte concrete la cantidad de la mercancía, si bien con un límite máximo, o el precio, sin ninguna limitación.

<sup>58</sup> FLUME (op. cit., p. 744) afirma que el contenido de la oferta debe hacerse de tal manera que el contrato pueda quedar perfeccionado mediante una aceptación que se ajuste a ella y esa correlación la anuda al hecho de que la oferta debe contener una determinación, por lo menos, de los *essentialia negotii*, o confiarle su determinación al destinatario de la oferta o a un tercero. Por lo que se refiere a los demás puntos recogidos en la oferta, los denominados *accidentalalia negotii*, la oferta debe prever en todo caso una reglamentación definitiva o a integrar por el destinatario de la oferta o un tercero. De la misma forma, con anterioridad –pp. 734 y 735–, el citado autor había asegurado que, sin el acuerdo acerca de los *essentialia negotii*, no se perfecciona un contrato, los cuales, en el caso de un contrato de compraventa, se identifican con la determinación de la mercancía y el precio. Es más, asegura que un contrato en el que no se contengan los *essentialia negotii* es nulo, aunque, como excepción plantea, que muchas veces no se habla del precio de compra al celebrar un contrato de compraventa. En tal caso, sólo se perfecciona el contrato si el precio de compra se sobreentiende de acuerdo con las circunstancias, o de estas se infiere que uno de los contratantes, por regla general el vendedor, ha de fijar el precio de compra conforme a los §§ 315 y siguientes del B.G.B. Sin embargo, tal posibilidad no resulta posible, generalmente, en el caso de mercancías infungibles. La solución que se ofrece para el contrato de servicios, el contrato de obra y el depósito es distinta, ya que la Ley -§§ 612, 632 y 689 del B.G.B.- establece que el contrato se perfecciona como uno gratuito cuando no se haya tomado ningún acuerdo con relación a la remuneración.

<sup>59</sup> Artículo 1.277, n° 1, primer párrafo: “No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado”.

el alcance –que no la validez- y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes<sup>60</sup>.

Resulta evidente que estamos ante una incongruencia que debe afrontarse, junto con otros extremos planteados y que seguiremos desgranando, a efectos de lograr que la Propuesta de Modernización del Código Civil pueda presentarse como una disyuntiva factible para los cambios que preconizamos. La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias en nuestro país requieren la constancia de los elementos necesarios, o de las pautas que ayuden a su concreción<sup>61</sup>, en el contenido de la oferta en función de la interpretación que realizan, fundamentalmente, de dos preceptos del Código Civil vigente –aunque también invocan varios artículos referidos a contratos particulares, como la compraventa-. Obviamente, este argumento no puede argüirse por los redactores de la Propuesta de Modernización del CC para mantener esa redacción.

### **i. CÓDIGO CIVIL VIGENTE**

Debemos acudir, por un lado, al artículo 1.261 de nuestro Código Civil, que reclama la concurrencia del consentimiento de los contratantes, de un objeto cierto y de la causa de la obligación para que exista contrato<sup>62</sup>; y, por otro lado, al artículo 1.262, nº 1 del mismo cuerpo legal, cuando establece que el concurso de la oferta y

---

<sup>60</sup> Artículo 1.237, segundo párrafo: “*Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas y su alcance y cumplimiento no pueden dejarse al mero arbitrio de uno de los contratantes*”.

<sup>61</sup> SSTs, Sala de lo Civil, 11 abril 2013, 12 y 17 julio 2013 y 29 mayo 2014. Esta última desestima la acción de resolución de un contrato de compraventa de parcela por inexistencia de retraso en la entrega de la misma con todos los servicios y suministros para construir una nave. Con ocasión del análisis de la cláusula pactada respecto al plazo de entrega, el TS afirma que la *ratio decidendi* descansa en que nuestro Código Civil –artículo 1.261 en relación con los artículos 1.271, 1.272 y 1.273- permite, sin especial dificultad, que los presupuestos contenidos en el mismo se consideren cumplidos tanto si el objeto se encuentra determinado en todos sus extremos, como si su concreción se produce conforme a criterios de determinabilidad que operen dicho resultado sin necesidad de subsanación o de la realización de un nuevo convenio a tal efecto. Igualmente importante se puede calificar la afirmación del TS de que la consecuencia anterior se refuerza por la aplicación del *principio de conservación de los contratos*, que considera no sólo como un criterio interpretativo o canon hermenéutico, sino que lo eleva a categoría de principio general del derecho. A efectos del presente trabajo, hay que incidir en que el TS atribuye, en parte, la ascensión del citado principio *favor contractus* a la orientación de los textos de armonización del Derecho de contratos europeo, lo que ya apuntó en anteriores resoluciones –SSTs, 15 y 17 enero 2013- y reitera en posteriores –STS, 11 marzo 2014-.

<sup>62</sup> RAMS ALBESA, J. (“Artículo 1.261”, *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Directores ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., T. XVII, V. 1-B, Edersa, Madrid, 1993, pp. 2 a 8) nos ilustra acerca de la génesis, contenido y finalidad del citado precepto. El citado autor la atribuye a la posición de la doctrina crítica francesa sobre el artículo 1.108 del Código Civil francés y no a esa norma, como suele ser común en la mayoría de los autores, pero estima que el legislador español no supo extraer las debidas conclusiones. De esta manera, se produce una disociación funcional y teórica entre el artículo 1.261 y los que inmediatamente lo anteceden –arts. 1.254 a 1.260-. Estos últimos están influidos por el pensamiento jurídico francés de la época, pero su contenido real está directamente enraizado con las manifestaciones autóctonas, nada sofisticadas, que del sentido de la autonomía de la voluntad nos dan tanto la ley única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, como el principio aragonés del *standum est chartae* o el navarro del *paramiento fuero vienze*. En consecuencia, se inspiran en la formulación española de la libertad civil, que no se circunscribe a la mera libertad de forma, y que trasciende respecto de una mera influencia espiritualista en la contratación entre particulares. Por el contrario, el artículo 1.261 es de raigambre enteramente francesa y supone una revisión de esa libertad que se perfilaba inicialmente omnímoda. La finalidad de este proceso discursivo fue la de establecer y convencer de la insuficiencia de la fuerza vinculante del consentimiento entre particulares, pues para que el convenio vincule, con efecto supraindividual, se requería contar con unos elementos esenciales que deben ser considerados extrínsecos a la voluntad individual.

aceptación debe recaer sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Podemos colegir, por tanto, que toda oferta contractual debe comprender, al menos, el objeto y la causa del contrato a celebrar<sup>63</sup>, dado que el consentimiento sólo se producirá con la confluencia del asentimiento del destinatario y, lógicamente, no puede contenerse en la oferta<sup>64</sup>.

Nuestro Código Civil también dedica su atención a regular el objeto de los contratos –arts. 1.271 a 1.273- y la causa de los mismos –arts. 1.274 a 1.277-, temas que han despertado un enorme interés en la doctrina y han sido protagonistas de numerosas resoluciones judiciales desde la promulgación de dicho texto legal. La razón estriba en que, al ser los componentes estructurales de todo contrato, las dudas e incógnitas que se deriven de cualquiera de ellos pueden conllevar la nulidad del contrato<sup>65</sup>, la sanción más severa que el ordenamiento reserva a los conflictos contractuales -aunque algunos autores defiendan la existencia de una categoría específica, la inexistencia, para las objeciones más graves<sup>66</sup>-. La casuística que surge alrededor del objeto<sup>67</sup> y de la causa de los contratos es inmensa y

---

<sup>63</sup> SSTs, Sala de lo Civil, 14 diciembre 1940, 17 mayo 1957, 31 mayo 1965 y 26 marzo y 20 abril 1993. En concreto, la STS 31 mayo 1965 establece que “[...] la causa es uno de los elementos constitutivos del contrato, necesaria para darle nacimiento, y cuya existencia hay que referirla indefectiblemente al momento de la perfección sin posibilidad de centrarla en otra instancia como causa sobrevenida”.

<sup>64</sup> GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., p. 54 y MENÉNDEZ MATO, “*La oferta ...*”, cit., p. 145.

<sup>65</sup> Analizada la jurisprudencia más reciente, observamos como las resoluciones recaídas con relación al requisito del objeto se corresponden con problemas de carácter inmobiliario y, en especial, referidos a contratos de permuta. En todas ellas, se ejercita la acción de nulidad en demanda de la desvinculación con las obligaciones que dimanen del contrato litigioso, si bien, obviamente, con diferente resultado. También observamos que uno de los argumentos que se suelen plantear en este tipo de procedimientos es la concurrencia de la figura del error y los problemas existentes en la delimitación entre el error vicio y el error obstativo. Entre las que desestiman la acción de nulidad ejercitada, podemos citar las SSTs, Sala de lo Civil, 3 octubre 2013 y 13 julio 2012.

<sup>66</sup> SALVADOR CODERCH, P. y JOSEP SANTDIUMENGE, LL.M. (“La influencia del *Avant-project de révision du Code Civil* belga del François Laurent en el Código Civil español de 1889”, *VVAA Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. II, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 1945 a 1947) contrastan la clara influencia del texto que analizan respecto de los artículos 1.300 y 1.310 del Código Civil español. Según los autores reseñados, LAURENT distinguía entre la ineficacia negocial o nulidad de pleno derecho y la mera nulidad o anulabilidad: el contrato inexistente no requiere una sentencia judicial que declare su absoluta nulidad mientras que el contrato nulo o anulable existe jurídicamente, aunque viciado y, por eso, al deudor le interesa accionar de nulidad para liberarse la obligación asumida por dicho contrato. Los codificadores españoles intentaron sintetizar estas dos ideas en el artículo 1.300 pero con una clara inferior precisión normativa, que ha contribuido a la polémica doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la anulabilidad en el Derecho español.

<sup>67</sup> Con claridad meridiana, la STS, Sala de lo Civil, 29 septiembre 2010, recapitula los requisitos exigidos para admitir la determinabilidad del objeto de los contratos, en los términos que ha venido exigiendo nuestro más alto Tribunal desde, al menos, la STS, Sala de lo Civil, 29 noviembre 1930, y que ratificado en resoluciones posteriores –SSTs, 29 diciembre 1987 y 15 noviembre 1993-: “El objeto del contrato, además de ser lícito, requisito que aquí no se cuestiona, ha de ser determinado o determinable, siempre que no sea necesario un nuevo convenio entre los contratantes, como establece el artículo 1273 del Código Civil. La determinabilidad, por tanto, equivale a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo. Es claro que la determinación no puede dejarse ni al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256) ni a un nuevo acuerdo entre ellos. La sentencia recurrida estima que el objeto del contrato, en el caso de autos, quedó expresado con la certeza y determinación exigibles para su validez, tanto en su especie como en su cantidad, habida cuenta, respecto de esta última, que la edificabilidad que siga ha de ser la misma que en la actualidad posee el inmueble; y también reconoce que hubiera sido deseable la aportación en el documento que recoge el contrato de una serie de datos complementarios a la escueta mención de los porcentajes de obra a recibir por la demandada. Desde luego, en el supuesto aquí debatido la indeterminación del objeto no viene referida a la especie ni a la cantidad, sino a otras circunstancias de la cosa que debía entregarse distintas a estas, pero que también son indispensables para determinar el objeto sin necesidad de un nuevo convenio [...]”.



resultaría ingenuo pretender resumirla<sup>68</sup>; por otra parte, tales cuestiones exceden de modo palmario el ámbito objetivo de la investigación que desarrollamos. Nuestro interés se circunscribe a la conexión que guardan ambos elementos con la completitud de la oferta y, por ello, nos ocuparemos de los inconvenientes que afloran en esa concreta parcela.

En nuestra opinión, el dilema estriba en que, mientras el Código Civil actual enumera los requisitos básicos para que nazca un contrato –consentimiento, objeto y causa-, la Propuesta de Modernización del Código Civil no establece ningún requisito específico para la génesis contractual. Evidentemente, la Propuesta alude al consentimiento como ingrediente inexcusable para la perfección de los contratos, en la medida en que asevera, al igual que el Código Civil vigente, que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. Sin embargo, no reclama expresamente ninguna otra condición<sup>69</sup>, por lo que, a nuestro modo de ver, consagra, con mayor fuerza, el consensualismo presente en el Código de Derecho común<sup>70</sup>. La coyuntura se agrava porque la citada Propuesta –en un único precepto incluido en las Disposiciones Generales<sup>71</sup>- presume la existencia y licitud de la causa en los

---

<sup>68</sup> En concreto, la causa de los contratos es uno de los temas que revisten mayor complejidad en el ámbito de las obligaciones y contratos. Acudimos a la explicación contenida en la STS, Sala de lo Civil, 24 abril 2013, según la cual “Como desde antiguo puso de relieve la jurisprudencia (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1961), la disciplina jurídica de la causa es una de las cuestiones más oscuras y llena de equívocas polisemias del Derecho de obligaciones y contratos. En principio, la jurisprudencia considera como causa del negocio la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico, de modo que la causa será la misma en cada tipo de negocio jurídico. Pero esa concepción no permite explicar la posibilidad de que exista una causa ilícita, pues ello es incompatible con el fin típico y predeterminado de cada negocio jurídico. Es por eso que el propósito ilícito buscado por ambas partes ha sido elevado por la jurisprudencia a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad del contrato conforme al artículo 1275 del Código Civil (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 760/2006, de 20 de julio, RC núm. 3121/1999, y núm. 83/2009, de 19 de febrero, RC núm. 2236/2003) cuando venga perseguido por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra) y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 426/2009, de 19 de junio, RC núm. 1944/2004, y las citadas en ella). Por tanto, el propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económico y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, pero si no la hay porque el propósito que se persigue es ilícito, tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico”.

<sup>69</sup> BOSCH CAPDEVILA (op. cit., pp. 287 y 288) explica que, a su juicio, la Propuesta de Modernización del Código Civil supera alguno de los inconvenientes del actual Código Civil y sigue la línea de los PECL, postura también adoptada por el DCFR. Como una de las principales novedades cita que la Propuesta mencionada no alude a la determinación del objeto sino de las obligaciones del contrato, según lo previsto en el inciso inicial del artículo 1.237, nº 2. De esta manera, no se exige un contenido mínimo, sino que, en la misma dirección que el artículo II.- 4:103 (1) del DCFR, utiliza el concepto de determinación «suficiente».

<sup>70</sup> A nuestro juicio, de forma mitigada por la tensión existente entre el artículo 1.261 y los artículos precedentes. RAMS ALBESA (op. cit., pp. 9, 10 y 14) señala, por un lado, que la negación con la que se abre el texto del artículo 1.261 del Código Civil es transparente respecto del propósito que los redactores del mismo querían alcanzar, que no es otro que dejar bien claro que la ausencia de uno de los tres requisitos recogidos en el mismo imposibilita el nacimiento de una relación contractual. Sin embargo, esa orientación, que coincide plenamente con la doctrina francesa más influyente de la segunda mitad del siglo XIX, no tendrá la proyección práctica preconizada: tratamiento de la inexistencia como categoría autónoma dentro de la ineficacia de los contratos. Por otro lado, considera que el consentimiento, de modo muy similar a como acontece en el inciso primero del párrafo 154 del B.G.B., agota la esencia básica del contrato, es decir, que los también denominados requisitos –objeto y causa- pasan inevitablemente a un segundo plano de observación.

<sup>71</sup> Artículo 1.238, nº 1, primer párrafo: “*Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral. [...] y nº 2: “Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario. La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”.*

contratos, aunque no se explicita en el contrato, así como sanciona con la nulidad a los contratos sin causa, o cuya causa sea bien contraria a la ley o la moral, bien falsa<sup>72</sup>.

## ii. ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN

Por lo que concierne a los instrumentos internacionales que guiaron a los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil, hay que distinguir la decisión tomada por la Convención de Viena de 1980, por un lado, y la seguida por los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR, por otro, si bien también debemos trazar una distancia entre los Principios Unidroit y los otros dos proyectos. No obstante lo anterior, debemos recordar que todos ellos comparten, como punto de partida, la ausencia de mención a los elementos necesarios de un contrato. A nuestro juicio, dicha postura reviste mayor importancia que la que se desprende en una primera lectura, y consiste en un alejamiento consciente de la dogmática tradicional<sup>73</sup>. Por tanto, los textos reseñados evitan intencionadamente hacer alusión a los elementos ineludibles para el nacimiento de los contratos<sup>74</sup>, tal y como se han venido entendiendo con carácter usual, en la búsqueda de un mayor grado de flexibilización y, por tanto, en aras a una mayor amplitud del concepto de oferta<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> MORALES MORENO, A. (“Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 457 y 458) señala, en consonancia con nuestra opinión, que la Propuesta de Modernización del Código Civil, a diferencia del Código Civil, no establece una relación de los requisitos del contrato, en la que junto al consentimiento, se exija para la perfección del contrato, el objeto y la causa –art. 1.261-. No obstante lo anterior, entiende que eso no significa que dicha Propuesta haya prescindido de la noción de causa, por cuanto la regula en el precepto transcrito, y le asigna una serie de funciones.

<sup>73</sup> GASPAR LERA, S. (“La oferta de contrato en Derecho español: cuestiones y perspectivas”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 33, Aranzadi, Cizur Menor, enero-abril 2014, p. 134) también observa que la Convención de Viena de 1980 y los demás textos armonizadores introducen una variación terminológica respecto de la utilizada tradicionalmente en el Derecho español para calificar el aspecto objetivo de la oferta, al referirse a que sea suficientemente precisa y no a que sea completa, lo que comprende los elementos esenciales del contrato. Sin embargo, a diferencia de nuestra opinión, entiende que: “[...] el empleo de una u otra expresión –oferta completa u oferta suficientemente precisa- no parece comportar un cambio sustantivo. Y es que dado que un contrato se perfecciona con la mera aceptación de una oferta, es evidente que las cláusulas de aquél deben indicarse en esta última con suficiente precisión. Así pues, cabe afirmar que oferta completa y oferta suficientemente determinada coinciden en su significado”.

<sup>74</sup> En este punto, debemos marcar una diferencia entre la postura adoptada por el Derecho inglés y, en general, en los sistemas anglosajones, en los que no se requiere la presencia de elementos esenciales, ni hay un contenido mínimo y los sistemas europeos continentales. Asimismo, tal y como ocurre en otros extremos, también surge una divergencia entre los ordenamientos de corte romanista o latinos, como el español, francés e italiano, en los que resulta necesaria la concurrencia de determinados componentes, y los ordenamientos de corte germanista, en los que no se reclaman dichos componentes, ni un contenido mínimo –B.G.B., § 145 y siguientes-. DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A.M. (*Los Principios del Derecho Europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 179) explican que este cambio de criterio supone adoptar una óptica anglosajona para la que, en lugar de exigir un contenido mínimo o la presencia de unos elementos esenciales, basta que el contrato pueda ser ejecutado y, en caso necesario, dar fundamento a una reclamación judicial. En este sentido, los tribunales ingleses sólo rechazan aquellos acuerdos cuyos términos resulten excesivamente vagos e imprecisos, de manera que no se puede establecer cuáles son las obligaciones de las partes.

<sup>75</sup> PERALES VISCASILLAS (“*Formación*”, *VVAA Comentario...*”, cit., pp. 113 a 116) expone que el Artículo 2.2. de los Principios Unidroit renuncian a establecer un listado de elementos mínimos que doten a la oferta de una suficiente precisión, que se justifica en el amplio espectro de contratos que quedan incluidos bajo el manto de los Principios. Añade también unas razones complementarias que, según nuestro criterio, son tan importantes como la indicada, como evitar las disputas doctrinales en torno a qué elementos han de elevarse al rango de esenciales, cuestión sobre la que discrepan los sistemas

No podemos olvidar que, según apuntamos sucintamente en la Introducción de la presente investigación, el punto de partida de la Convención de Viena de 1980 es la regulación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías, aunque la práctica totalidad de la doctrina nacional asuma la posibilidad, e incluso la ineludible oportunidad, de aplicar dicho texto a transacciones internas, que, obviamente, exceden del ámbito objetivo indicado<sup>76</sup>. La consecuencia de todo punto lógica es que los redactores de la Convención de Viena no sintieron la necesidad de abordar temas técnicos de carácter general, y centraron sus esfuerzos en la resolución de los numerosos problemas a los que tuvieron que hacer frente.

A pesar de ello, se separa de los demás instrumentos internacionales que utilizamos para su contraste con la Propuesta de Modernización del Código Civil, porque concreta tres extremos que deben contenerse en la oferta de compraventa para poder calificarla como suficientemente precisa: las mercaderías, la cantidad de éstas y el precio<sup>77</sup>. Por tanto, y en la terminología utilizada en nuestro país y en la Propuesta de Modernización, la Convención de Viena de 1980 parece establecer tres elementos necesarios del contrato de compraventa internacional de mercaderías<sup>78</sup>.

Sin embargo, esa fijación responde a la sencillez que conlleva concretar los extremos básicos de un contrato de compraventa, a lo que hay que sumar la facilidad que supone que, tanto la cantidad de las mercaderías como su precio, se puedan prever de forma expresa o tácita y mediante la fijación de criterios para su determinación posterior<sup>79</sup>. Además, también hay que tener en cuenta que la propia

---

del *Civil Law* y del *Common Law*. Según la citada autora, la consecuencia es que se presta más atención a las prácticas comerciales del sector de que se trate, a una determinada realidad comercial –el ritmo actual de los negocios o el deseo de llegar a un acuerdo–, a la naturaleza específica del contrato que se pretende perfeccionar, así como a otros factores que pueden dotar a una oferta aparentemente vacía de contenido en una oferta suficientemente precisa.

<sup>76</sup> DÍEZ-PICAZO, “*Fundamentos ...*”, cit., p. 327.

<sup>77</sup> En apoyo del cambio de orientación de la Convención de Viena de 1980 y los textos armonizadores del Derecho contractual europeo que venimos analizando, DÍEZ-PICAZO (“Artículo 14”, *VVAA La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director y Coordinador DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998, p. 166) señala que la Convención de Viena de 1980 sustituye el requisito tradicional del carácter completo de la oferta por el de una suficiente precisión, en aras de la efectividad de los contratos. Sin embargo, el citado autor concluye que ese cambio “[...] parece querer decir que en la oferta deben encontrarse, por lo menos, como contenido mínimo, los elementos esenciales del contrato en cuestión, que como es un contrato de compraventa son la cosa y el precio”.

<sup>78</sup> SAN JUAN CRUCELAEGUI, J. (*Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 107 y 108) también opina que la Convención de Viena de 1980 no requiere que el contenido sea absolutamente completo, sino que se limita a la imposición de un grado de suficiente precisión. Asimismo, también colige que ello implica la inclusión de aquellos elementos que resultan esenciales al contrato de forma que, necesariamente, debe contener la determinación de las mercaderías, de su cantidad y del precio.

<sup>79</sup> DÍEZ-PICAZO (“Artículo 14”, *VVAA La Compraventa...*”, cit., pp. 166 y 167) explicita que el artículo 14 de la Convención de Viena de 1980 abre tres posibilidades. La primera consiste en que exista una determinación expresa de las mercaderías, de su cantidad y del precio. La segunda y la tercera comparten la concreción de las mercaderías y se separan en que mientras en la segunda hay una delimitación tácita de la cantidad de las mercaderías, en la tercera sólo se contiene en la oferta el medio o criterio para la determinación de las cantidades, tanto de las mercancías como del precio. Por lo que se refiere a la precisión de la cantidad de las mercaderías ofertadas, el mencionado autor nos sugiere varias posibilidades que, en nuestra opinión, reflejan situaciones derivadas de la práctica comercial. De este modo, deberemos acudir a los acuerdos marcos preexistentes entre las partes, como, por ejemplo, acuerdos generales de adquisición de toda la producción del vendedor o compromiso de éste de satisfacer las necesidades periódicas de compra. También deberemos atender a los

regulación codificada del contrato de compraventa permite una mayor flexibilidad en la determinación de los elementos que lo componen, desarrollada por la interpretación que realizan doctrina y jurisprudencia, tanto en nuestro país como en los de nuestro entorno, y que se ha extendido a otro tipo de contratos.

Por último, debemos traer a colación el conflicto existente entre el Artículo 14, que demanda la convergencia de las tres menciones reseñadas, y el Artículo 55, que abre la posibilidad de que las partes no fijen el precio, ni las bases para su posterior determinación. La consecuencia, como veremos enseguida, es que se desmiente la consideración inicial de las mercaderías, cantidad de éstas y del precio como menciones inexcusables o elementos necesarios de la oferta.

En cuanto a los Principios Unidroit, constituyen en este aspecto el mayor exponente del consensualismo que impregna todos los instrumentos internacionales mencionados, y marcan la senda que continúan los PECL y el DCFR. De esta manera, únicamente requieren el consentimiento de las partes, *sin ningún otro requisito adicional*, para que un contrato no sólo quede perfeccionado, sino modificado y extinguido<sup>80</sup>. La intención de los redactores es la exclusión expresa de la concurrencia de otros requisitos reclamados por diferentes Derechos internos para la perfección de los contratos, entre los que citan expresamente la causa, la *consideration* y la entrega del bien<sup>81</sup>. No obstante lo anterior, creemos que también se engloba en la citada exclusión al objeto de los contratos, prueba de lo cual es la total ausencia de regulación del mismo.

En esta línea, los PECL –y, en completa coordinación, el DCFR– también parten de la premisa de los Principios Unidroit y, consecuentemente, eliminan el carácter preceptivo del objeto, la causa, la *consideration* y la forma para el nacimiento de los contratos –junto a la entrega del bien–<sup>82</sup>. Sin embargo, introducen dos nuevas

---

usos y a las prácticas preexistentes entre las partes, ya que, si con anterioridad se han realizado y reiterado pedidos de una cierta cantidad, podremos deducir que la oferta o el pedido se refiere a la misma cantidad de mercancías.

<sup>80</sup> Artículo 3.2 (versión 2004) y Artículo 3.1.2 (versión 2010): “*Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional*”.

<sup>81</sup> Vid. los comentarios realizados al Artículo 3.2 –versión 2004– (op. cit., pp. 98 y 99), en los que se explica que la eliminación de la *consideration*, presente en los países de tradición jurídica anglosajona, obedece a introducir mayor certeza en las relaciones mercantiles internacionales y a disminuir controversias. La razón estriba en que tiene una importancia mínima en el tráfico mercantil, dado que casi siempre se contraen obligaciones por ambas partes. La Convención de Viena ya había liberado de este requisito a la modificación y extinción del contrato de compraventa internacional de mercaderías. También se afirma que queda eliminada la causa, existente en los países de tradición jurídica romanista, y que, a efectos prácticos, funciona de manera similar a la *consideration*. Por último, se excluye la categoría de contratos reales, existentes en algunos países de tradición romanista, porque no son compatibles con la concepción moderna de los negocios y la agilidad del tráfico comercial.

<sup>82</sup> Como ya avanzamos, la norma que contiene la definición de oferta es el artículo 2:201 de los PECL, que hay que poner en relación con dos preceptos para el análisis de la precisión de la oferta. Por un lado, el artículo 2:101, que exige para la perfección del contrato que se alcance un acuerdo suficiente y, por otro lado, el artículo 2:103, que delimita cuando un acuerdo se considera suficiente. LANDO, O. y BEALE, H. (*Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II*, Consejo General del Notariado, edición española a cargo de BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J.M. y MARTÍNEZ SANZ, Madrid, 2003, pp. 185 a 195) en los comentarios al artículo 2:101 exponen claramente que la perfección de un contrato no exige requisitos de forma, a menos que las partes decidan otra cosa, ni la concurrencia de

premisas, al menos en su formulación, necesarias para la conclusión de un contrato: intención de obligarse por las partes y acuerdo suficiente.

En principio, podemos plantearnos su equiparación con los requisitos exigidos para la propuesta contractual en el sentido mantenido usualmente. No obstante, en cuanto al acuerdo suficiente, dicha asimilación es aparente, ya que la suficiencia no se circunscribe al objeto, causa o *consideration* –ni a la forma–, sino a la definición de su contenido en forma tal que permita su ejecución<sup>83</sup> y, en su defecto, a su integración mediante los criterios sentados en los preceptos destinados al efecto<sup>84</sup>.

El giro experimentado en este aspecto por los instrumentos internacionales mencionados hay que ponerlo en directa relación con la evolución de la perspectiva desde la que conciben al contrato y la defensa de la facilitación y fomento de la contratación. En este sentido, creemos que la constatación por sus redactores de la ingente problemática surgida alrededor del objeto, la causa y la *consideration* en los sistemas jurídicos que exigen indefectiblemente su presencia para la conclusión de los contratos fue un argumento de peso que se sumó para considerar la oportunidad de buscar otro planteamiento<sup>85</sup>.

---

*consideration* ni causa. Asimismo, también excluyen la necesidad de que los bienes o el dinero pactado se hayan de transmitir al acreedor, aunque admiten que puede ser una condición para la perfección de una garantía con respecto a los terceros. Además, reenvían el análisis de la ausencia del objeto al artículo 4:102, integrado en las disposiciones relativas a la validez y referido a la imposibilidad inicial. Por último, en los comentarios al artículo 2:103 –pp. 202– explicitan que la necesidad del objeto sólo es predicable de los ordenamientos romanistas.

<sup>83</sup> Este criterio responde claramente a la influencia de la tradición jurídica anglosajona, que no exige un contenido mínimo sino que el acuerdo esté lo suficientemente definido como para que se pueda ejecutar, de forma que si una cláusula fundamental del contrato resulta vaga y el tribunal no tiene otros medios para determinar lo que pretendían las partes, el contrato no será válido. En este sentido, resulta cita obligada la sentencia de la *House of Lords, Scammel & Nephew Ltd. v. HJ & JG Ouston* (1941) A.C. 251, en la que se razona que “There are many cases in the books of what are called illusory contracts, that is, where the parties may have thought they were making a contract but failed to arrive at a definite bargain. It is a necessary requirement that an agreement in order to be binding must be sufficiently definite to enable the court to give it a practical meaning. Its terms must be so definite, or capable of being made definite without further agreement of the parties, that the promises and performances to be rendered by each party are reasonably certain”.

<sup>84</sup> Vid. los comentarios realizados al Artículo II.- 4:103 del DCFR [VON BAR, C. y CLIVE, E., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition* -prepared by the Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Selliers European Law Publishers GmbH, Munich, 2009, pp. 277 y 278] en los que, con relación a la suficiencia del acuerdo y, por tanto, de la oferta, aseguran que “The test used here is not, as in some laws, whether the “object” or the price of the contract have been agreed but a broader one of whether the agreement reached is sufficient, or can be fleshed out sufficiently, for the contract to be given effect. It must normally be possible to determine what each party has to do”. Con relación a la determinación de los términos del acuerdo y, en consecuencia, de la oferta, se explica que respecto de contratos usuales, tales como venta de bienes, prestación de servicios, seguros, etc., resulta suficiente que las partes acuerden el tipo de contrato y algunos términos cruciales, mencionando a tal efecto para la venta de bienes únicamente el tipo de los mismos y la cantidad. El resto de las materias que no hayan sido concretadas por las partes, podrán ser determinadas de otra forma. Para ello, se remiten a las reglas generales del Capítulo 9 del Libro II, relativas al contenido y efectos de los contratos (II.- 9:104 –precio– y II.- 9:108 –calidad–); a las normas legales aplicables a ciertos tipos de contratos (IV.A.- 2:201 –entrega en la compraventa–); y a los usos y prácticas establecidas entre las partes.

<sup>85</sup> LANDO y BEALE (op. cit., pp. 185 a 195) en los comentarios al Artículo 2:101 de los PECL señalan que la noción de contrato abarca varios supuestos, algunos de los cuales exceden del significado que se le atribuye en nuestro ordenamiento, aun cuando no exista una definición legal. De esta forma, no sólo se incluyen los acuerdos conforme a los cuales dos o más partes asumen la obligación de llevar a cabo una prestación o en los que quien recibe la oferta la acepta realizando la acción que le pide el oferente –que, con mayor o menor reconocimiento, podemos calificar como contrato–, sino también toda clase

En este punto, tenemos que volver a insistir en que la tendencia a posibilitar la celebración de contratos, así como la decisión de atenuar y suprimir ciertas exigencias tradicionales para la conclusión contractual a fin de alcanzar dicho objetivo, constituyen las razones por la que dichos textos no contemplan la enumeración de los requisitos ineludibles para que nazcan los contratos, ni, por tanto, regulan el objeto, la causa o la *consideration* –y mantienen el principio espiritualista<sup>86</sup>. Obviamente, esta postura se refleja en la configuración de la oferta, al tratarse de la primera declaración del *iter* contractual, y, finalmente, desemboca en una flexibilización plasmada en la exigencia de la suficiente precisión de la oferta en lugar de la rigurosa concreción requerida habitualmente<sup>87</sup>. Finalmente, creemos que configura una nueva concepción del contrato, que se separa de la visión decimonónica.

En conclusión, entendemos que no resulta compatible que la Propuesta de Modernización del Código Civil reclame que la oferta contenga los elementos necesarios del contrato sin que, por otro lado, enumere y regule dichos elementos y, asimismo, requiera, en calidad de disposición general, la causa de los mismos so pena de nulidad. Por tanto, la Propuesta objeto de nuestro estudio debe elegir entre

---

de promesas, es decir, tanto requieran o no la aceptación de la parte que recibe la oferta o promesa, como si resultan gratuitas. Además, también se integra en la noción de contrato, ofreciendo respuesta a las diferencias doctrinales existentes, a los acuerdos de modificación o extinción de los contratos. De esta manera, por un lado, se defiende el consensualismo a ultranza como sustrato básico de todo contrato, es decir, el acuerdo entre las partes; sin embargo, por otro lado, se valoran como contrato las promesas que tienen por objeto resultar vinculantes sin aceptación y una parte podrá inferir de las declaraciones o conducta de la contraparte que tenía intención de obligarse, aunque no fuera así. Además, ya resulte necesario o no el acuerdo, por encontrarnos ante una promesa sin aceptación, ya exista o no una verdadera voluntad de obligarse, por resultar razonable inferirla de las declaraciones o conducta de una de las partes, no se exige ningún otro requisito. Ello significa que no exigen requisitos de forma, a menos que las partes decidan otra cosa, ni contraprestación –*consideration*–, ni causa, al igual que tampoco se requiere que deba transmitirse la propiedad a la parte que la recibe –contratos reales–.

<sup>86</sup> MORALES MORENO (“*Reflexiones sobre la causa...*”, cit., p. 459) describe el debate abierto en los derechos europeos sobre la utilidad del concepto de causa del contrato. Tal y como hemos expuesto, se refiere a la falta de mención del requisito de la causa en la Convención de Viena de 1980, en los Principios Unidroit, en los PECL, en el DCFR y en la Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea. Asimismo, también constata las dudas y vacilaciones que suscita en Francia la decisión sobre conservar o suprimir el requisito de la causa en una futura reforma del Código Civil.

<sup>87</sup> El Artículo II.- 4:201 del DCFR sigue la misma línea de los PECL, aunque su redacción difiera, ya que sólo exige que una proposición contenga términos suficientemente definidos para concluir contrato y, al igual que su predecesor, reenvía el análisis de la suficiencia de los términos de la oferta al Artículo II.- 4: 103, que se refiere a la idoneidad del acuerdo para constituir un contrato y al Artículo II.- 4:101, relativo a las dos condiciones para entender concluido un contrato. Vid. los comentarios realizados por los redactores a este último precepto (op. cit. pp. 265 y 266) en los que se indica que el acuerdo y, por tanto, la oferta debe ser suficiente, lo que significa que debe tener un contenido adecuado y, junto a la intención de las partes de obligarse, es bastante para la conclusión de un contrato. Asimismo, se aclara que no son necesarios más requisitos. En este sentido, se amplía la explicación para indicarnos que no se requieren obligaciones formales, salvo supuestos excepcionales, ni la *consideration*, ni la causa, ni la transmisión de la propiedad para el nacimiento de ciertos contratos –contratos reales–. Nos parece muy importante resaltar que se explicita que estos requisitos que acabamos de enumerar no son adecuados para constituir los elementos de un moderno concepto de contrato, dado que no parecen cumplir una función tan importante. De hecho, se afirma que ciertas funciones residuales de la *consideration* o la causa, como evitar la conclusión de contratos asimétricos o desequilibrados, se pueden cumplir por otras reglas previstas en el DCFR, como la contenida en el Artículo II.- 7:207, referido a casos de aprovechamiento injusto. Por último, como broche de cierre, se nos recuerda que el hecho de que no se exijan más requisitos de los expuestos, no implica que el contrato pueda ser declarado inválido o ineficaz a causa de defectos en el consentimiento o de supuestos de ilegalidad –error, fraude, amenaza o aprovechamiento injusto y vulneración de principios fundamentales o reglas imperativas–, recogidos en el Capítulo 7 del Libro II.

continuar la postura mantenida en nuestro país por la doctrina y la jurisprudencia<sup>88</sup> o seguir la nueva orientación iniciada por los textos que inspiraron la evolución que pretende introducir, ya que ambas posturas son irreconciliables<sup>89</sup>.

En cuanto a la regulación de la causa, y sin perjuicio de la dificultad que encierra este tema, tenemos que traer a colación nuevamente que, salvo escasas excepciones, en la práctica totalidad de los contratos no se expresa la causa de los mismos y, por tanto, trasladado a las declaraciones contractuales que los conforman, significa que no se expresa en la oferta<sup>90</sup>. El legislador siempre ha sido consciente de esta circunstancia y, por ello, sentó la presunción de que existe y es lícita, aunque no se exprese en el contrato, y trasladó la carga de la prueba al deudor que esgrimiese dicha alegación ante la reclamación del acreedor<sup>91</sup>.

En cualquier caso, en los supuestos en que se nos opusiera que se refleja la causa del contrato, hemos de matizar que, normalmente, no estaremos ante dicha

---

<sup>88</sup> Hemos de matizar que, aunque resulta un lugar común que todos los autores aborden el tema de los elementos o requisitos del contrato, y que partan de la división en esenciales, naturales y accidentales, también es generalizada la existencia de críticas a dicha clasificación, junto a la diversidad de propuestas de presentación de la misma. Por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS, J. (*Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III, *Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 17ª edic., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, G., Reus, Madrid, 2008) mantiene que no sólo son requisitos del contrato, sino también del negocio jurídico. También expone que los elementos esenciales –aquellos sin los que el contrato no puede darse, como el consentimiento– se subdividen en comunes –propios de todos los contratos–, especiales –necesarios sólo en algunas clases o tipos de contratos, como la entrega de la cosa en los contratos reales o la forma en los contratos solemnes– y especialísimos –imprescindibles para un contrato determinado, como el precio en la compraventa–. Además, los requisitos esenciales son objeto de una nueva subdivisión que distingue entre los que son necesarios para la existencia y los que son imprescindibles para la validez. Los primeros se identifican con los que recoge el Artículo 1.261 del Código Civil y su carencia produce la inexistencia del contrato, siendo insubsanable. Los segundos se corresponden con la capacidad y la ausencia de vicios del consentimiento, cuya falta, cuando sea alegada y probada, origina la insubsistencia del contrato y se puede subsanar mediante la prescripción y la confirmación. Por su parte, LACRUZ BERDEJO (“*Elementos ...*”, cit., pp. 352 a 354) alude a la tradicional distinción en la doctrina entre elementos esenciales –consentimiento, objeto y causa, de acuerdo al Artículo 1.261 del Código Civil–, naturales y accidentales y coincide en la definición de tales elementos con los demás autores citados, aunque no plantea las subdivisiones que sugiere el eximio autor anterior. Al igual que DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos...*”, cit., p. 447), se muestra crítico con tal postura por cuanto entiende que dicha sistematización de la estructura del contrato presenta algunas deficiencias, tanto desde el punto de vista conceptual como desde el de nuestra disciplina positiva.

<sup>89</sup> GASPAR LERA (op. cit., p. 133 y nota 23 en coordinación con p. 135 y nota 28) mantiene que la Propuesta de Modernización del Código Civil –art. 1.246– continúa el mismo planteamiento de nuestro Código Civil y de la jurisprudencia respecto a la presencia de los elementos esenciales del futuro contrato en la oferta para el cumplimiento de la completitud de la misma. Sin embargo, asegura que dicha Propuesta supera alguno de los inconvenientes de la redacción del vigente Código Civil, en la línea de los PECL y el DCFR, lo que considera mucho más acorde con la realidad vigente. Entre tales mejoras cita las siguientes: no habla de la determinación del objeto del contrato sino de las obligaciones del contrato, que deberán estar suficientemente determinadas –art.1237.2–; no impide la perfección del contrato si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales y quiere vincularse el que hayan dejado algún punto pendiente para ulteriores negociaciones –art.1242.1–; y permite la determinación del precio implícitamente –art.1277.1–. Por su parte, SÁNCHEZ LERÍA, R. (“Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo”, Indret, Barcelona, julio 2014, p. 7) estima, con ocasión del análisis del artículo 1.237, nº 2, que la Propuesta de Modernización se sitúa en línea con sus precursores, ya que prescinde de la regulación del objeto y exige la suficiente determinación de su contenido.

<sup>90</sup> MORALES MORENO (“*Reflexiones sobre la causa...*”, cit., p. 460) explica que, a diferencia del consentimiento, la causa no se califica como un requisito ineludible en todos los sistemas nacionales europeos. En las familias continentales, dejando, por tanto, fuera al *Common Law*, existen dos círculos de ordenamientos: aquellos que consideran la causa como un requisito del contrato –francés, italiano y español– frente a los que no contemplan tal exigencia –alemán y Código suizo de las obligaciones–. Esta situación provoca que el autor se plantee la utilidad que, en la actualidad, tiene seguir utilizando el concepto de causa del contrato.

<sup>91</sup> Debemos mencionar que la Propuesta de Modernización del Código Civil introduce una novedad consistente en extender la posibilidad de probar que el contrato carece de causa o que esta no es lícita a cualquier tercero interesado, mientras que el Código Civil vigente limita dicha alegación a la persona del deudor.

figura en sentido técnico jurídico, sino ante los propósitos prácticos que pretenden conseguir las partes con el acuerdo, cuestión a la que también se refiere la Propuesta de Modernización al hilo de la regulación de la causa<sup>92</sup>. Finalmente, consideramos que la problemática que genera la causa, ingente y compleja, es un tema que atañe a materias que exceden del plano material de la oferta<sup>93</sup>. En este sentido, todas las funciones que se atribuyen a la causa se pueden reconducir hacia la doctrina del error, el régimen jurídico del cambio de circunstancias, y el incumplimiento o la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que, según nuestra opinión, se proyecta hasta afectar a la propia concepción del contrato<sup>94</sup>.

## **b. SUPUESTO ESPECIAL: EL PRECIO**

Como consecuencia de lo expuesto, junto a la constatación material de que los inconvenientes derivados de la vertiente objetiva de la oferta surgen casi exclusivamente con relación al objeto o, según el nuevo enfoque propuesto, respecto a la precisión de la oferta, en este apartado vamos a dirigir nuestra atención a dicho extremo. En especial, nos centraremos en la determinación y determinabilidad del precio, extremo que se ha constituido en el vórtice de una revolucionaria transformación. Como muestra de la importancia de este punto, fruto de la cual ha alcanzado un grado de independencia muy notable respecto de la categoría del objeto, hay que destacar que los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR regulan la delimitación del precio cuando, como ya hemos explicado, no aluden ni regulan el objeto de los contratos<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> JORDANO BAREA, J.B. (“La causa en el sistema del Código Civil español”, *VVAA Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. II, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 1042) distingue hasta cinco conceptos de causa, si bien los intenta reducir a fin de simplificar la complejidad de la noción de causa. En este sentido, el citado autor explica que “Al término de nuestro recorrido veremos si es posible la reducción de esas cinco especies a dos: 1) causa objetiva, genérica o inmediata y 2) causa subjetiva concreta o mediata que son como el trasunto jurídico de la contraposición filosófica entre la *causa efficiens* y la *causa finalis*. Y aún intentaremos reconducir, desde el punto de vista del Derecho (que es el aquí exclusivamente nos interesa), estas dos causas a una sola: la función práctico-social concreta proyectada, al mismo tiempo fundamento jurídico (*rechtliche Grund*) y fin (*Zweck*) del negocio”.

<sup>93</sup> DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos...*”, cit., p. 255) coincide con nuestro planteamiento cuando afirma que “El concepto de causa dentro de la teoría general del contrato es, seguramente, uno de los más oscuros, confusos y difíciles de aprehender, de la doctrina y de la técnica del Derecho Civil. Es justa y merecida esa fama de oscuridad que la teoría de la causa viene tradicionalmente arrastrando consigo. No es solamente su tradicional dificultad lo que dota a la teoría de la causa de un relieve singular dentro de las instituciones jurídico-civiles. Es que, aunque otra cosa a primera vista pueda creerse, lo que está empeñado en ella no es un mero juego conceptual, sino algo que tiene una honda repercusión práctica. Una pluralidad de conflictos típicos de intereses tiene, en la teoría de la causa, el centro de gravedad de su solución normativa”.

<sup>94</sup> CARRASCO PERERA, A. (*Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 167) reivindica la importancia de las funciones de la causa y, en tal sentido, afirma que “La causa es una institución que tiene por función caracterizar o hacer ineficaz un contrato –utilizando para ello distintos medios e institutos y con distintas intensidades–, cuando las partes celebran un contrato típico oneroso, pero rehúsan la contraprestación, o cuando la prestación que es causa de la contraprestación desaparece sobrevenidamente por hecho no imputable antes de que el riesgo se haya transferido completamente al sujeto cuya prestación sigue siendo posible; cuando un sujeto entrega una atribución patrimonial en remuneración de un servicio no exigible o que no existió; cuando de cualquier manera un sujeto dispone sin contraprestación de bienes propios en favor de otro careciendo de ánimo liberal; cuando una o las dos partes yerran esencialmente sobre un presupuesto del contrato; cuando las partes persiguen un propósito que no es el acomodado al tipo legal elegido o que éste no puede satisfacer o soportar; cuando el propósito contractual es ilícito o inmoral”.

<sup>95</sup> El *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law* y la Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea se sitúan en la misma línea que los textos armonizadores del Derecho Contractual europeo



## i. CÓDIGO CIVIL VIGENTE

En el Código Civil vigente la solución al problema indicado se localiza en los artículos 1.271 a 1.273, así como en los preceptos que desarrollan el objeto propio del contrato de que se trate –*ad.ex.* arts. 1.447 a 1.450 para la compraventa-<sup>96</sup>. De esta forma, en los contratos onerosos –que son los más numerosos y, por eso, recibirán mayor atención por nuestra parte-, la oferta habrá de especificar el bien o servicio y el precio correspondiente<sup>97</sup>. Como excepción, se permite que puedan determinarse en un momento posterior a la formulación de la oferta, siempre y cuando ésta contemple los criterios para ello, de forma que no sea necesario un nuevo convenio entre las partes. Esta posibilidad, admitida en los restantes sistemas continentales, descansa fundamentalmente en el artículo 1.273 mencionado, aunque se invocan generalmente los artículos 1.447 y 1.448 con independencia de que no estemos ante un contrato de compraventa.

Sin embargo, hemos de precisar que el artículo 1.273 sólo se ocupa de exigir la determinación del objeto que consista en *una cosa*, sin mencionar los servicios, y únicamente exige concreción en cuanto a su especie<sup>98</sup>. Por lo que se refiere a la cantidad, prevé específicamente que se pueda delimitar posteriormente siempre que no se precise un nuevo acuerdo<sup>99</sup>. En cuanto al precio, no hay discusión en la

---

que estamos contrastando. Como expusimos en el análisis realizado sobre el concepto de oferta, y como consecuencia del origen de ambos textos, podemos encontrar un claro paralelismo en la regulación de la oferta que ofrecen todos los instrumentos mencionados. En cuanto a dicha definición, la diferencia que se deduce de los dos últimos textos consiste en que requieren no sólo la suficiencia de su contenido o de sus términos, sino que tenga suficiente certeza. A nuestro juicio, esta nueva exigencia es bastante desafortunada ya que supone introducir un nuevo concepto jurídico indeterminado. En directa relación, y al igual que sus predecesores, el *Feasibility study* y la Propuesta de Reglamento citados establecen dos condiciones para la conclusión de un contrato –intención de las partes y suficiencia del acuerdo-, sin embargo, plantean una divergencia similar a la expuesta con relación a la oferta. De esta manera, la suficiencia del acuerdo o futuro contrato se hace depender tanto de su contenido como de su certeza. Sin perjuicio de la discrepancia mencionada, la falta de regulación del objeto y la causa del contrato, junto a la exigencia de las dos condiciones indicadas para la conclusión de un contrato, apoyan el abandono por estos textos de la presencia del objeto, la causa o la *consideration*. En cuanto al precio, también contemplan la posibilidad de que no esté determinado en la oferta, los criterios para su concreción con posterioridad al acuerdo alcanzado y la eventualidad de que pueda ser fijado unilateralmente por una de las partes o por un tercero.

<sup>96</sup> Resultan sugestivas las apreciaciones formuladas por SÁNCHEZ ROMÁN, F. (*Estudios de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Obligaciones – Derecho de la Contratación*, 2ª edic., Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899, p. 216) al ilustrarnos sobre los caracteres del objeto del contrato –o del objeto de la obligación, en los términos en que anteriormente legitima esta sinonimia- y que concreta en que debe ser “[...] *cierto*, en cuanto ha de ser real ó posible, *lícito determinado*, ó de fácil determinación sin nuevo acuerdo de las partes y *susceptible de apreciación pecuniaria*, ya sea la materia de ese objeto, *cosas, hechos, omisiones, riesgos ó esperanzas*. También pudiéramos decir, mirando á la distinción de los derechos, en cuanto unos son inherentes á la persona y los otros relativos á su patrimonio, que la contratación sólo puede tener por materia los derechos *patrimoniales*”.

<sup>97</sup> CASTÁN TOBEÑAS (op. cit., pp. 662 y 663) se hace eco de la diversidad de opiniones doctrinales acerca del concepto de objeto del contrato y, con cita de MESSINEO, hace una enumeración de las más utilizadas. Además, nuestro insigne civilista explica que objeto inmediato del contrato es, en realidad, la obligación que por él se constituye, pero como ésta, a su vez, tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, se llama ordinariamente objeto del contrato a las cosas o servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o hacer.

<sup>98</sup> Vid. el artículo 1.167 del Código Civil.

<sup>99</sup> Previsiones que, a todas luces, se han visto desbordadas y, mediante leyes especiales, claramente superadas. Como describe GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (“Presentación”, *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, T.I, Capítulo VIII. Objeto, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013), la regulación del objeto de la compraventa en el Código Civil estaba pensada primordialmente para los bienes tangibles y, por tanto, puso el acento en la «cosa» (art. 1.445), de un lado, en los requisitos generales que ésta había de reunir (ex art. 1.271-1.273) y, de otro lado, en la previsión de algunas particularidades de la venta en función de las diversas clases de bienes sobre los que recayera –

aplicación analógica de los dos artículos que regulan la contraprestación de la compraventa y que utilizan la significativa expresión de *precio cierto*. Por tanto, *ab initio* el Código Civil vigente permite un grado de flexibilización relevante en la precisión del precio, ya que no demanda que se refleje una cifra concreta en dinero o signo que lo represente<sup>100</sup>. En concreto, las partes pueden servirse de la referencia a otra cosa cierta o, en el supuesto de cosas fungibles, en función del precio que la cosa vendida tenga en determinado día o en la Bolsa o mercado, extremo que deberá precisarse en la oferta.<sup>101</sup>

---

cosas específicas o genéricas, cosas muebles o fincas e inmuebles en general (arts. 1.469-1.472, 1.483, 1.504-1.505), universalidades de cosas (*«facti o iuris»*), excepción hecha de la herencia futura), etc. Sin embargo, afirma que el codificador admitió la posibilidad de vender «derechos» de contenido patrimonial y, aunque de forma deficiente y bajo la fórmula genérica de cesión, se ocupó de disciplinar la compraventa de créditos (arts. 1.525 y ss.). De esta manera, concluye que quedó abierta, en buena medida, la vía para que este contrato pudiera tener por objeto «derechos incorpóreos» de cualquier tipo, como energías, creaciones del ingenio humano, acciones y títulos-valores, etc. Sin embargo, las singularidades de los bienes o derechos vendidos han reclamado la necesidad de que otras normas, de muy dispar origen y naturaleza, vengan a complementar la regulación codicial. Por último, queremos apuntar que este proceso se ha visto afectado últimamente por los plurales factores que han determinado la metamorfosis y diversificación que, en el actual tráfico jurídico privado, ha experimentado la compraventa en su esencial función de intercambio o comercio de los bienes, como la masificación e internacionalización del mercado, desarrollo tecnológico, intervencionismo estatal en ciertos ámbitos, etc.. Esta situación ha provocado, en palabras de la autora mencionada, un auténtico desbordamiento de las fuentes reguladoras de dicho contrato, para poder así atender y dar respuesta eficaz a situaciones que el legislador decimonónico no podía siquiera imaginar –piénsese en la compraventa de contenidos digitales o en la de derechos de emisión de gases de efecto invernadero-.

<sup>100</sup> STS, Sala de lo Civil, 8 febrero 1996, analiza la simulación de un contrato de compraventa para encubrir una dación en pago. Al tratarse de una simulación relativa, el Tribunal Supremo debe examinar si concurren los requisitos necesarios para la validez de la dación en pago y, en especial, el crédito que sirvió de contraprestación a la disposición por el vendedor de los bienes inmuebles a que se contrae. La sentencia citada se remite a la STS, Sala de lo Civil, 13 febrero 1989, que establece que la *datio pro soluto*, o adjudicación en pago de deudas, no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, y que se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito del que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa. Según la STS, Sala de lo Civil, 7 diciembre 1983, ya se catalogue esa figura como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, se deben aplicar analógicamente las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deuda. La consecuencia de esa aplicación analógica conlleva, como ha exigido reiteradamente la jurisprudencia –STS, Sala de lo Civil, 15 noviembre 1993-, que el crédito que se extingue con la adjudicación de los bienes, debe ser un crédito cierto, lo que, a su vez, implica su concreta determinación bien sea en el contrato o posteriormente de acuerdo con los criterios en él establecidos, pero sin que sea preciso un nuevo convenio entre las partes para esa concreción. En la última resolución, el TS señala que un requisito esencial de la dación en pago es el crédito líquido que sirve de contraprestación a la entrega o adjudicación de bienes hecha con la finalidad de extinguir aquél. En la misma línea podemos traer a colación la STS, Sala de lo Civil, 30 noviembre 2000. Por otro lado, resulta sumamente interesante la STS, Sala de lo Civil, 28 septiembre 2006, en la que se establece que, en las compraventas, la inexistencia de precio, que no se debe confundir con un precio inferior al de mercado, conlleva la ausencia de causa y ocasiona la nulidad absoluta del negocio, de acuerdo al artículo 1.275 del Código Civil y reiterada jurisprudencia -1 octubre 1990, 10 noviembre 1992, 6 octubre 1994, 27 junio 1996 y 13 marzo 1997-.

<sup>101</sup> STS, Sala de lo Civil, 15 noviembre 1993, con cita de las STS, Sala de lo Civil, 29 noviembre 1930 y 29 diciembre 1987, a las que aluden numerosas resoluciones posteriores, como la mentada en la nota anterior y la STS, Sala de lo Civil, 14 marzo 2000. En el caso examinado, nuestro alto tribunal aprecia la determinación con claridad y precisión de los criterios aplicables para la concreción del precio en cada uno de los supuestos previstos en el contrato litigioso, en un momento ulterior a la perfección del contrato y sin necesidad de un nuevo convenio: “[...] «el precio de la presente compraventa será el que resulte de valorar a razón de 3.000 ptas. cada m2 edificable, que permita construir sobre rasante el Plan Parcial de Ordenación Urbana que sea definitivamente aprobado para los terrenos de la finca objeto de la compraventa, previa deducción del 10% del volumen edificable de cesión obligatoria al Ayuntamiento», es claro que no existe indeterminación alguna en cuanto al precio al haberse establecido, además del precio del m2 edificable, un criterio objetivo para la fijación de los m2 a que habría de aplicarse ese módulo económico, como es el volumen de edificabilidad que se estableciese en el Plan Parcial de Ordenación Urbana, modo de determinación del precio válido al amparo del inciso inicial del art. 1447 CC que recoge un sistema de amplia libertad de la autonomía de la voluntad de las partes para fijar las formas de determinación del precio. [...]”.

La previsión más importante a efectos de la cuestión que nos ocupa es la que impide que el señalamiento del precio se deje al arbitrio de uno de los contratantes<sup>102</sup>, si bien nuestro Código Civil concede la oportunidad de que semejante papel lo desempeñe un tercero, que ha de ser persona determinada<sup>103</sup>. En nuestra opinión, la *ratio* que preside la intención del legislador responde a la necesidad que siente de preservar la rectitud del consentimiento otorgado por los contratantes, que podría verse empañada si el precio se determinara por uno de ellos con posterioridad al asentimiento prestado por el otro. Tampoco le resulta suficiente a nuestro Código Civil que, en salvaguarda de la autenticidad del consenso de las partes, una de ellas concretara el precio según las bases sentadas por las mismas mediante el contrato.

Por lo que se refiere a la alternativa de la fijación del precio por un tercero, sólo dispone que éste quede determinado, sin que ello obste a que las partes establezcan que dicha labor se realice por varias personas y que no se requiera la unanimidad para la concreción del precio<sup>104</sup>. Además, también hay que aclarar que,

---

<sup>102</sup> GARCÍA AMIGO, M. (*Lecciones de Derecho Civil II, Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 296) se cuestiona si la determinación del objeto puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes y la contestación que proporciona es –sic– “[...] *radicalmente negativa*, pues lo prohíbe implícitamente el art. 1256 y, explícitamente, el art. 1449 –referido a la compraventa–”. Sin embargo, consciente de la discordancia que, en muchas ocasiones, existe entre la realidad y el Derecho, apunta que se trata de una proscripción legal, lo cual no evita que exista una práctica viciosa en contra: como cuando alguien se toma un refresco y sólo después le dicen cuánto vale; otro repara su coche en un garaje y luego le presentan la factura, etc.

<sup>103</sup> QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (*Código Civil comentado y concordado extensamente*, T. XX, *De las Obligaciones (Conclusión) De los contratos*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1958, pp. 765 y 766) se preguntaba si era factible, dentro del Derecho español, la posibilidad prevista en el Código germánico, según la cual las partes pueden someter al juicio de un tercero la determinación del objeto –en el artículo 317 de dicho cuerpo normativo, se establece que deberá inspirarse en un sentido equitativo–. Llegaba a un respuesta afirmativa en función de la amplitud de los ámbitos del contrato de compromiso –aunque carezca de regulación expresa– y en la inexistencia de disposición alguna que limite a las personas capaces la libertad de someter a un árbitro o a un amigable componedor (tercero propiamente dicho) cualquiera de sus disidencias, con tal que versen sobre materia jurídica. Asimismo, cita como prueba irrecusable de la exactitud del juicio formulado la Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1902 y el artículo 1.447 del Código Civil. La conclusión que alcanza es que no existe imposibilidad que pueda alegarse para que la norma citada no revista un carácter general.

<sup>104</sup> La STS, Sala de lo Civil, 10 marzo 1986, contempla el supuesto de una compraventa de acciones de un Banco. Resulta sumamente ilustrativo, a los efectos de nuestra exposición, el siguiente razonamiento: “[...] que la figura de arbitrio de un tercero («arbitrador»), aludida para diferenciarla del arbitraje en el art. 2.2 L 22 Dic. 1953 y contemplada por el art. 1447 CC para la determinación del precio en la compraventa cuando así lo convinieren los contratantes a modo de negocio *per relationem*, desemboca en una decisión de obligado acatamiento para comprador y vendedor; y a pesar de que ese concepto no regula la posibilidad de impugnación como lo hiciera el derecho histórico (Partida 5.ª Tít. 5.º L 9.ª [...]), tanto la doctrina científica, que acude por analogía al art. 1690 CC, como la jurisprudencial contenida en las SS 21 Abr. 1956 y 22 Nov. 1966 dan paso a la posibilidad de tal censura, amén de las hipótesis de vicios en consentimiento, cuando el arbitrador prescinde de las instrucciones señaladas por las partes para la fijación del precio, faltando manifiestamente a la equidad con menoscabo de las prudentes pautas de un *arbitrium boni viri* sin duda presupuestas por los interesados al referirse al «valor objetivo» de la cosa cuya fijación se remite al fallo arbitral; [...]”. En el caso de la STS, Sala de lo Civil, 13 mayo 2005, las partes convinieron que la tasación la llevara a cabo la Delegación de Jaén del Ministerio de Agricultura, u organismo que cumpliera sus funciones, pero, obviamente, el organismo autonómico de la Junta de Andalucía que la sustituyó indicó al optante que carecía de competencias para realizar valoraciones entre particulares. El Tribunal Supremo entiende que no es admisible que el optante pretenda que la otra parte acepte la valoración efectuada por el ingeniero técnico agrícola que eligió unilateralmente, dado que el contrato no le autorizaba para ello y el ingeniero informante no es un organismo que sustituya al designado. Por último, debemos mencionar la STS, Sala de lo Civil, 25 noviembre 2011, que estudia un caso de “[...] *“arbitrium boni viri”*”, conforme al que el arbitrador debía efectuar una valoración de las acciones y participaciones objeto de la compraventa que resultara “razonable” –como exige el apartado 2, letra d), del artículo 29 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, al que las partes expresamente se remitieron– y,

aunque el Código Civil utilice la expresión *arbitrio de persona determinada*, no está requiriendo que el tercero deba tener la consideración de árbitro en sentido estricto<sup>105</sup>. Por último, consideramos que limita la autonomía de las partes ya que, en caso de falta de fijación del precio por el tercero y sin atender a la razón que obstaculice dicha determinación -incapacidad, inacción o imposibilidad-, el contrato deviene ineficaz<sup>106</sup>.

Con carácter general, la doctrina<sup>107</sup> y la jurisprudencia<sup>108</sup> se han mostrado abiertas a suavizar la presencia del precio en los contratos y, por tanto, al imperativo de que el oferente deba precisar ese extremo en la proposición que formule. De esta forma, iniciaron una evolución<sup>109</sup>, a la que se sumó la posición del legislador comunitario, que es proclive a la indeterminación del precio a causa del ascendiente desplegado por los principios del *Common Law*. Todo ello ha posibilitado que el legislador español haya bendecido la concreción del precio mediante criterios que

---

al fin, adecuada a las técnicas por las que se rige la actividad de los auditores, al tener aquel esa condición profesional y ser lógico suponer que la misma fue determinante de su designación por los contratantes”.

<sup>105</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, A. (*Sistema de Derecho Civil*, V. II, 9ª edic., Tecnos, Madrid, 2001, p. 265) argumentan, ex artículo 1.690, que, en defecto de expresión sobre el tipo de arbitrio a que debe sujetarse en su actuación, ha de entenderse que será de equidad, con la posibilidad de impugnar la decisión cuando evidentemente haya faltado a ella. También entienden que procederá la impugnación si no se ha sujetado a las instrucciones que las partes le hayan dado para llevar a cabo su cometido, con cita de la STS, Sala de lo Civil, 22 noviembre 1966.

<sup>106</sup> La STS, Sala de lo Civil, 16 marzo 2005, aborda el examen de un contrato de compraventa de acciones, que se declaró ineficaz al no poder determinarse uno de sus requisitos esenciales, según la forma vinculante pactada por las partes, en función del valor neto contable de la empresa y con emisión de certificado de auditor en que se establezca el valor neto contable de la acción. Asimismo, extiende la ineficacia del contrato principal de compraventa al accesorio de pago de una prima complementaria a uno de los vendedores por los servicios prestados. En este caso, y en aplicación del artículo 1.447, nº 2 del Código Civil, el Tribunal Supremo entendió que a determinación del precio no se había sometido “al arbitrio de un tercero”, ya que no estaba “en manos de la firma auditora la determinación unilateral del precio, sino en función del valor patrimonial neto de la empresa”. Esto es, el arbitrador debía integrar la relación contractual con la determinación de la prestación debida por las compradoras, no según su libre voluntad (*arbitrium merum*), sino según unos criterios objetivos establecidos por los contratantes y controlables mediante un juicio *ex post*. Y, por entender que el arbitrador no pudo o quiso integrar ese elemento objetivo esencial del contrato de compraventa que es el precio, se niega eficacia a aquel y al negocio jurídico accesorio que le sirve de complemento.

<sup>107</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (*Derecho Civil*, T. II, *Derecho de Obligaciones*, 14ª edic., Edisofer, Madrid, 2011, p. 385) acepta la posibilidad de que el precio lo fije el aceptante dentro de ciertos límites marcados por el oferente, v.gr. A propone a B la venta de su casa en la cifra que estime justa entre cien mil y ciento veinte mil euros y, en tal caso, “[...] no hay necesidad de nueva conformidad del oferente a la cifra que el aceptante fije, y tampoco existe prestación de determinación dejada al arbitrio de una de las partes”.

<sup>108</sup> MENÉNDEZ MATO (“*La oferta ...*”, cit., p. 149) señala diferentes posibilidades para la determinación del precio *a posteriori* recogidas en diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Muy significativa resulta la STS, Sala de lo Civil, 13 abril 1982, que señala que “[...] la llamada “venta con precio del vendedor”, hoy regulada en los Códigos italiano de 1942, art. 1474, párr. primero, y portugués de 1966, art. 883, requiere para su validez en primer lugar una norma legal que ordene su aplicación, norma inexistente en el ordenamiento jurídico patrio, o en todo caso un acuerdo contractual que tuviera por finalidad señalar el precio conforme al criterio del vendedor, también inexistente en el supuesto litigioso ahora contemplado; por lo que admitir otro precio que el vendedor habría de fijar llevaría a la infracción de los arts. 1256 y 1449 CC, en cuanto en definitiva el cumplimiento del contrato quedaría al arbitrio de una de las partes”.

<sup>109</sup> En el otro vértice de tal evolución están los precios fijados legalmente como consecuencia del intervencionismo estatal, a los que se refiere GARCÍA AMIGO (“*Lecciones ...*”, cit., p. 296) cuando alude a las tarifas o los precios aprobados o dictados o autorizados por la Administración competente en el campo de la economía monopolizada o intervenida. También se refieren al mismo tema DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (op. cit., pp. 265 y 266) y se plantean si es nula la compraventa con un precio superior al legal. La respuesta dependerá de la sanción que establezcan la ley para el caso de contravención de la misma, de forma que habrá que estar a las consecuencias que establezca la norma en cuestión, lo que ratifica la jurisprudencia existente respecto a la venta de viviendas de protección oficial (STS, Sala de lo Civil, 27 marzo 2000 y las que en ella se citan). Otra polémica es la posibilidad de sustituir el precio pactado por el legal, lo que no parece acorde con la intención contractual del vendedor -quiso vender pero a otro precio-, ni parece razonable sancionarlo con dicha posibilidad, salvo que así se establezca en la norma infringida.

no fueron propuestos por el oferente ni aceptados por el destinatario y, por tanto, que no se contienen en el contrato, *v. gr.* los usos<sup>110</sup> y, en su defecto, la aplicación de un criterio ajeno a nuestra cultura jurídica a causa de la influencia señalada: la razonabilidad<sup>111</sup>.

## ii. PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN

En este punto, la Propuesta de Modernización del Código Civil ha alcanzado cotas de desarrollo que superan claramente el grado de transformación actual, al recibir de forma directa, aunque en diferente medida, el influjo de los cuatro textos que han guiado a sus redactores. Apuntamos en los párrafos precedentes que la citada Propuesta de Modernización no regula el objeto de los contratos, pero ello requiere una matización<sup>112</sup>, porque al igual que sus predecesores, se ocupa del precio de los contratos y lo hace con tanta libertad como éstos. Además, imita la estructura sistemática seguida por tales instrumentos, ya que introduce la cuestión en el capítulo dedicado al contenido de los contratos<sup>113</sup>. En resumen, el precio deja

---

<sup>110</sup> El ejemplo perfecto que ilustra nuestra exposición es el artículo 11 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, que incorpora al Derecho español la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Estados miembros respecto a los agentes comerciales independientes, por cuanto permite la celebración de contratos sin que se concrete la remuneración del agente. En tal caso, “*se fijará de acuerdo con los usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad. Si éstos no existieran, percibirá el agente la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación*”. Por otro lado, PERALES VISCASILLAS (“*Formación*”, *VVAA Comentario...*”, cit., p. 116) también cita el artículo 304, nº 2 del Código de Comercio vigente, en el que el uso integra la falta de fijación por las partes de la cuota de retribución en el contrato de depósito.

<sup>111</sup> Tal y como afirman GARCÍA AMIGO (“*Lecciones...*”, cit., p. 295) y Díez-Picazo y Gullón (op. cit., p. 265), el precio no tiene por qué ser necesariamente el justo, dado que, como reconoce nuestra jurisprudencia –STS, Sala de lo Civil, 22 junio 1979–, el Código Civil vigente asume en este punto los postulados de la economía liberal, según los cuales las cosas valen lo que por ellas se pagan. Asimismo, el citado texto legal optó por no incluir, entre los supuestos de rescisión de los contratos, la lesión *ultradimidum*, figura de procedencia romana que, sin embargo, sí se mantiene en los artículos 323.1 y 324 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña –STS, Sala de lo Civil, 13 diciembre 2000–. Sin embargo, en nuestra opinión y en la de algunos autores –PERALES VISCASILLAS, (“*Formación*”, *VVAA Comentario...*”, cit., pp. 277 a 279), la aplicación del criterio de la razonabilidad conduciría indefectiblemente a alcanzar un precio justo.

<sup>112</sup> Debemos recordar que, según algunos autores –GASPAR LERA (op. cit., p. 135) y BOSCH CAPDEVILA (op. cit., p. 290), la Propuesta de Modernización del Código Civil sustituye la mención al objeto del contrato –determinación o determinabilidad– por la alusión a la determinación de las obligaciones de las partes –artículo 1.237, nº 2–. A nuestro juicio, surge entonces una contradicción porque, por una parte, la Propuesta exige que en la oferta estén presentes los elementos necesarios del futuro contrato y, por otra parte, no requiere que se determine el objeto sino las obligaciones de las partes, por lo que la única conclusión posible es que el objeto ha dejado de ser un elemento necesario. Parece que la Propuesta se ha quedado a mitad de camino en su evolución: por un lado, pretende mantener la posición mayoritaria actual, que demanda la presencia de los elementos necesarios –y entre ellos, el objeto– y, por otro lado, de acuerdo a la nueva tendencia inaugurada por los PECL, y respetada por el DCFR, no requiere la concreción, actual o futura, del objeto, sino la determinación de las obligaciones de las partes.

<sup>113</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (“*Contenido y Efectos del contrato*”, *VVAA Derecho Privado Europeo*, Coordinador CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2003, pp. 435 a 440) describe detalladamente las dificultades que surgen ante el intento de realizar una exposición unitaria relativa al alcance del contenido y la eficacia del contrato, tanto desde la perspectiva del Derecho privado europeo, como desde los diferentes ordenamientos jurídicos europeos. Con relación al primer aspecto propuesto, resulta evidente que no hay una referencia legal unitaria a nivel europeo que aclare que debemos entender por contenido y eficacia del contrato. De esta manera, los materiales de que disponemos son, bien fragmentarios e insuficientes en cuanto a los que poseen rango normativo, bien completos, pero sin eficacia prescriptiva en cuanto a los proyectos existentes sobre la unificación del Derecho de Contratos europeo. Por lo que se refiere al segundo aspecto contemplado, no existe un mínimo consenso doctrinal acerca del significado y extensión de los dos conceptos tratados. Como muestra de dicha situación en nuestro país, Díez-Picazo (“*Fundamentos...*”, cit., pp. 448 a 454) analiza el que denomina problema del contenido del contrato, tratando de delimitar qué debe entenderse por tal expresión y diferenciándola de los elementos, de los requisitos o presupuestos y de los efectos de los contratos, así como de las

de ser un elemento necesario del contrato, ya que ni su determinación ni la previsión de criterios para su fijación son imprescindibles para la conclusión de un contrato, por lo que el oferente no se vería obligado a delimitar dicho extremo en su propuesta.

Sin embargo, nos vemos forzados a emitir una severa crítica respecto de la regulación contenida en la Propuesta, debido a que, en primer lugar, resulta sumamente defectuosa la redacción y la terminología utilizadas; en segundo lugar, la selección de las circunstancias en las que se excusa la preceptiva constancia del precio en la oferta es reiterativa e imprecisa; y, en tercer lugar, los criterios subsidiarios para suplir la determinación del precio por una de las partes o por un tercero son ambiguos e, incluso, contradictorios.

El avance principal anunciado se circunscribe a que el destinatario podrá aceptar válidamente una oferta en la que no se exprese ni el precio ni las bases para su determinación<sup>114</sup> pero, a cambio, según el proyectado artículo 1.277, no podrá dudarse de la voluntad de ambos contratantes de perfeccionar el contrato y deberá entenderse *implícitamente convenido un precio generalmente practicado*<sup>115</sup>. Semejante redacción nos sugiere que los redactores de la Propuesta sienten cierta inseguridad ante la transformación que pretenden introducir, por cuanto reiteran la exigencia de una voluntad común para la conclusión del contrato, que constituye el soporte básico de la existencia de todo contrato, con independencia de las previsiones que se contengan o no en el contrato<sup>116</sup>. Por lo que concierne al criterio fijado para la

---

obligaciones contractuales. En este sentido, indica que el contenido del contrato es una categoría conceptual que se refiere a aquello que el contrato lleva dentro de sí y que constituye su más íntima sustancia.

<sup>114</sup> La falta de determinación del precio en la oferta, y la posibilidad de su concreción ulterior es un fenómeno que se repite en todos los ordenamientos jurídicos, aunque se observan marcadas diferencias en su regulación. De hecho, existen divergencias entre los sistemas germanistas y romanistas, cercanos entre sí, y entre los sistemas pertenecientes a la tradición latina. La situación se ha enunciado por la doctrina como el *problema de los precios implícitos*, ante el que DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos ...*, cit., p. 355) reflexiona que “No resulta fácil decidir si una propuesta puede ser calificada como oferta de contrato, cuando en ella no existe una indicación del precio. La aplicación estricta de las reglas generales y, en particular, del art. 1.262 CC conduce a entender que nos encontramos todavía en la fase de tratos preliminares, que exigen un posterior acuerdo sobre el precio. Esta solución, teóricamente irreprochable, tiene la dificultad desde el punto de vista práctico de impedir la formación de un buen número de contratos y, lo que es aún peor, dejar sin soporte contractual a un número de atribuciones que hayan sido hechas con el designio de ejecutar lo que se consideraba un contrato”.

<sup>115</sup> A pesar de que nos parece sumamente criticable la expresión indicada en el texto, presenta cierta similitud con la utilizada por el Código Civil italiano vigente al final del artículo 1.474: “*Si el contrato tiene por objeto cosas que el vendedor venda habitualmente y las partes no han determinado el precio, ni han convenido el modo de determinarlo, ni éste se halla establecido por acto de la autoridad pública, se presume que las partes han querido referirse al precio normalmente practicado por el vendedor*”. De esta manera, tanto la Propuesta de Modernización del Código Civil como el Código Civil italiano se refieren a un precio *practicado*, si bien parece plantearse una diferencia trascendental entre ambos textos, ya que mientras el Código Civil italiano se remite al *normalmente practicado por el vendedor*, la Propuesta que analizamos alude al *generalmente practicado*. A nuestro juicio, la divergencia es ciertamente teórica porque, en la práctica, el precio generalmente practicado se corresponderá en numerosas ocasiones con el normalmente practicado por el vendedor.

<sup>116</sup> A tales efectos, la comparación de la redacción de los artículos de los textos armonizadores nos muestra que no vuelven a reiterar la exigencia de la intención de las partes dirigida a la conclusión del contrato, por cuanto tales textos entienden que es suficiente dicho requerimiento formulado como una de las dos condiciones para la perfección contractual. Esa es también nuestra opinión, sin perjuicio de compartir, junto a MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (*Contenido y Efectos...*, cit., p. 409), que la indeterminación del precio debe ser fruto del acuerdo de las partes, por cuanto, en otro caso, es un obstáculo para la validez del contrato. Sin embargo, la falta de concreción del precio sólo afecta a dicha validez

determinación del precio, no creemos necesario profundizar en su análisis, dado que la mera lectura del mismo despierta la urgencia de su sustitución por un criterio claro y con una redacción aceptable, pero, de mantenerse la formulación expuesta, nos encontramos ante una circunstancia de difícil verificación<sup>117</sup>.

En este punto, resulta extraordinariamente revelador el contraste entre la Propuesta de Modernización del Código Civil y los textos en que se inspira, a efectos de emitir una valoración de la alternativa que siguieron los redactores de aquella. Todos ellos comparten la novedosa posibilidad de que ni el precio ni las bases para su determinación se reflejen en la oferta, pero tenemos que volver a traer a colación la distinción que adelantamos entre la Convención de Viena de 1980 y la Propuesta, por un lado, y los demás instrumentos de *soft law*, por otro. La separación expuesta se manifiesta por la flagrante contradicción en que incurren la Convención y la Propuesta citadas frente a los demás referentes internacionales.

### **iii. ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN**

Con tales miras, debemos analizar las previsiones del artículo 55 de la Convención de Viena de 1980 -cuyo antecedente es el artículo 57 de la LUVI-, que establece que *“Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate”*. Es patente la incoherencia que surge entre este precepto y el artículo 14, dado que esta última norma parece exigir la fijación en la oferta del precio o, en su caso, la constatación de criterios para ello, a fin de poder afirmar la suficiente precisión de la misma. En el extremo opuesto, el artículo transcrito permite que el precio ni esté determinado en la oferta ni resulte determinable según las bases contenidas en la misma y, ante la falta de determinación y determinabilidad del precio, dicho precepto sienta una presunción para concretarlo<sup>118</sup>.

---

cuando indica falta de consentimiento y la anterior premisa es predicable de la indeterminación de cualquier elemento, no sólo del precio.

<sup>117</sup> DURÁN RIVACOBÁ, R. (“Apunte sobre la propuesta de reforma del Derecho de Obligaciones y Contratos”, *Libro homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pp. 219 a 253) critica, acertadamente, el uso de la expresión “*precio generalmente practicado*”.

<sup>118</sup> Sin embargo, FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (*La compraventa con precio determinable*, Edijus, Madrid, 2001, pp. 136 y 137 y 156 a 159) afirma que, pese a que se ha especulado mucho sobre la supuesta incompatibilidad entre los artículos 14 y 55 de la Convención de Viena de 1980, no hay tal y que mientras el primero de los preceptos requiere la determinación del precio en la oferta como elemento para la suficiencia del contrato, el segundo permite la aplicación de un criterio supletorio para completar el contenido de un contrato perfecto. Asimismo, considera que se pueden detectar ciertas ambigüedades en la redacción del artículo, lo que viene a demostrar que estamos ante un texto de consenso. No obstante lo anterior, señala que la aprobación y aplicación de tal norma ha supuesto un gran paso para que los juristas de los países más reacios acepten la utilidad y la conveniencia de regular de modo flexible el precio determinable, lo que se ha traducido

La explicación de la divergencia expuesta obedece, tal y como la doctrina asume unánimemente, a la diversidad de criterios entre los sistemas jurídicos del *Civil Law* y del *Common Law*<sup>119</sup>. En términos generales, los primeros consideran que el precio es un elemento esencial del contrato, por lo que si no está determinado, o no resulta determinable sin necesidad de un pacto ulterior, el contrato devendría bien nulo, o bien, para otros, inexistente. Por el contrario, los segundos admiten abiertamente que el precio no quede fijado en la oferta<sup>120</sup>, al que se alude generalmente como precio abierto u *open price –open price contracts-*<sup>121</sup>. Asimismo, se reconoce que fue uno de los problemas más controvertidos en la elaboración de la Convención y que, una vez aprobado el texto del artículo 55, no fue posible modificar la redacción del artículo 14, por carecer de la mayoría requerida.

A efectos de salvar la referida contradicción, se han argumentado variadas explicaciones<sup>122</sup>, pero la situación real es que ambos preceptos coexisten en la Convención de Viena de 1980 y que ésta no sólo forma parte de nuestro

---

en la ausencia de polémica ante la redacción de los Principios Unidroit, los PECL y el Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía.

<sup>119</sup> MARCHAL ESCALONA, N. (“Determinación del precio en los contratos”, *VVAA Derecho Contractual Comparado, Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters y Sixto Sánchez Lorenzo, Navarra, 2009, pp. 571 a 619), realiza un completo estudio de Derecho comparado con relación a la problemática que deriva de la determinación del precio en los contratos y su relación con la perfección de los contratos. La citada autora se plantea la pregunta de si puede existir un contrato válidamente celebrado en el que ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio y la contestación que nos ofrece es que la respuesta varía de un ordenamiento jurídico a otro. De esta forma, se distinguen dos grandes sistemas: los rígidos y los flexibles. Dentro del primer grupo se encuentran los sistemas jurídicos de Derecho continental, especialmente el Código Civil francés, el belga y el español, que contienen normas rígidas acerca de la determinación del precio, basadas en motivos de política y seguridad jurídica, mientras que en el segundo grupo se hallan los sistemas jurídicos del *Common Law*, los cuales admiten la validez de los contratos sin precio en aras del respeto a la autonomía de las partes. Sin embargo, la situación en los países de tradición románico-germánica no es unánime, ni uniforme. El Derecho francés se muestra muy estricto con relación a la exigencia de la determinación del precio, sobre todo en el contrato de compraventa, mientras que en otros países se ha iniciado un proceso de flexibilización, bien por vía legislativa (Italia), bien a través de la jurisprudencia (España y Bélgica) y, en cambio, el sistema jurídico danés y los sistemas jurídicos nórdicos ni siquiera lo han conocido.

<sup>120</sup> Según FAJARDO FERNÁNDEZ (“La nueva jurisprudencia francesa sobre exigencia de determinación del precio en los contratos de distribución”, *ADC*, núm. 50, Madrid, 1998, pp. 1751 a 1792), en un principio las legislaciones más restrictivas son los códigos derivados del francés, que sólo permiten cláusulas pactadas de antemano en el contrato, inintegrables e inimpugnables; el B.G.B. regula principalmente la determinación del precio por una de las partes y su control; y el *Common Law*, con gran flexibilidad, permite que no se indique nada acerca del precio y que se complete después aplicando criterios de razonabilidad. Sin embargo, estas diferencias se han reducido mucho y como, en el fondo, el precio determinable surge a raíz de la complejidad de la contratación y, en consecuencia, su empleo y variedades no dejan de aumentar, puede decirse que, por una vía u otra, actualmente todos los países europeos lo regulan de un modo flexible. De esta manera, prácticamente todas las leyes sobre la materia aprobadas durante el siglo XX, con independencia de su tradición jurídica, contienen reglas flexibles y modernas sobre la fijación del precio –arts. 184 y 212 COS, 1474 CcI, 883 CcP, 8 SGA, 2-305 UCC y 7-4 NBW-. El ejemplo extremo de la aplicación rígida en la materia se produjo en Francia durante los años 1978-1995, con la generación de una “tensión jurídica” desproporcionada –alta conflictividad, discrepancias jurisprudenciales, inseguridad jurídica, disfunciones en la contratación y exagerada atención de la doctrina-, que se resolvió finalmente con las cuatro sentencias de la *Cour de Cassation* de 1 de diciembre de 1995. La conclusión final para el citado autor es que, desde ese momento, se puede decir que no hay en la Europa continental sistemas rígidos en materia de concreción del precio.

<sup>121</sup> ILLESCAS ORTIZ, R. (“La Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías: su ámbito de aplicación y perfección”, *Derecho de los Negocios*, núm. 16, Madrid, 1992, p. 6) cita a HONNOLD, J. (*Uniform Law for International Sales*, Deventer, 1982 e “*International sales law and the open-price contract*”, *VVAA Homenaje a Jorge Barrera Graf*, T. II, UNAM, México, 1989, pp. 915 y siguientes) en apoyo del aserto de que, a pesar de la dicción del artículo 14, el precio puede no ser expresamente indicado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55, y no por ello la oferta pierde su condición de tal en la modalidad denominada *open price sale*.

<sup>122</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, “Artículo 55”, *VVAA La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director y Coordinador DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998, pp. 468 a 471.



ordenamiento jurídico a efectos de regular la compraventa internacional de mercaderías, sino que la doctrina patria invoca su utilización para suplir la falta de regulación de la fase de formación del contrato por nuestro Código Civil y, por tanto, su aplicación a los contratos nacionales o domésticos<sup>123</sup>. De acuerdo con los cánones hermenéuticos de carácter histórico y sistemático, y analizadas las reflexiones de los redactores, la literalidad del precepto, así como diferentes aportaciones doctrinales, nos inclinamos por la prevalencia de la exclusión de la exigencia del precio y de la bases para su determinación en la oferta –art. 55- frente al tenor del artículo 14 y, por tanto, no resultan necesarias ninguna de las dos menciones para que la oferta sea suficientemente precisa y pueda dar lugar, gracias a la aceptación de la misma, al nacimiento del contrato<sup>124</sup>.

Los demás instrumentos internacionales que han guiado a los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil perpetúan la senda marcada por la Convención de Viena de 1980 pero, con gran acierto, soslayan el problema señalado. Los Principios Unidroit reflejan exactamente la misma redacción que el primer párrafo del apartado primero del artículo 14 de la Convención de Viena de 1980 y, por tanto, exigen que la oferta sea suficientemente precisa y que recoja la intención del oferente de quedar obligado. La diferencia estriba en que no puntualizan las menciones mínimas que debe contener la oferta para que pueda ser calificada como “suficientemente precisa”, lo que evita la discordancia con el reconocimiento del precio abierto efectuado en un precepto posterior<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (*Instituciones de Derecho Mercantil*, V. II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 246) aluden a que puede servir de modelo para la modificación del régimen de la compraventa de bienes muebles.

<sup>124</sup> Compartimos la opinión de diversos comentaristas, como SAN JUAN CRUCELAEGUI (op. cit., pp. 108 y 109), según la cual la problemática expuesta está directamente conectada con la previa validez del contrato. El artículo 55 comienza haciendo referencia a un contrato válidamente celebrado, materia no regulada por la Convención de Viena de 1980. Deberemos apelar a la ley aplicable, según las normas sobre conflictos de leyes, a fin de identificar los requisitos para afirmar o negar la validez del contrato. De este modo, si el ordenamiento jurídico que debe regir la validez del contrato contempla la validez del contrato sin que el precio esté determinado o resulte determinable, se aplicará el artículo 55, como criterio subsidiario en defecto de fijación del precio por las partes. Por tanto, las diferentes concepciones imperantes en los sistemas jurídicos nacionales respaldarán o impedirán la aplicación del mentado precepto. En cualquier caso, entendemos, junto a ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS (*Derecho Mercantil Internacional: El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 142), que no podrá negarse la válida celebración del contrato, aunque no contenga mención expresa al precio ni a las bases para su concreción, cuando las partes hayan procedido a la ejecución del contrato, ya que no podrá negarse la voluntad de la partes de concluir dicho contrato.

<sup>125</sup> En los comentarios realizados por los redactores acerca del artículo 2.1.2 –versiones 2004 y 2010- (op. cit., p. 37) se explica que “[...] Aún términos esenciales, tales como la descripción de las mercaderías o servicios a ser entregados o prestados, el precio que se pagará por ellos, el tiempo y lugar de cumplimiento, podrían quedar indeterminados en la oferta, sin que esto implique necesariamente que no ha sido lo suficientemente precisa. Todo depende de si el oferente al proponer la oferta y el destinatario al aceptarla tienen la intención de quedar vinculados por el contrato, como así también de que los términos indeterminados dejen de serlo mediante una interpretación del significado de los términos utilizados en el contrato conforme a los Arts. 4.1 y siguientes, o mediante su integración conforme al Art. 4.8 o 5.1.2. La imprecisión también puede cubrirse mediante las prácticas comerciales establecidas entre las partes o por los usos (véase el Art. 1.9), o en base a disposiciones específicas que se encuentren en los principios (v.gr. Arts. 5.1.6 (determinación de la calidad de la prestación), 5.1.7 (determinación del precio), 6.1.1. (momento del cumplimiento), 6.1.6 (lugar del cumplimiento) y 6.1.10 (moneda que no ha sido especificada))”.

A pesar de que la redacción de los PECL y el DCFR difiere de la contenida en los dos instrumentos anteriores, la filosofía que subyace en los dos primeros textos de *soft law* es la misma que representan los Principios reseñados<sup>126</sup>. Estos textos buscan la flexibilización de los requisitos de carácter objetivo cuya concurrencia en la oferta se ha venido tradicionalmente exigiendo, de tal manera que sólo requieren que los términos de la oferta sean lo suficientemente precisos para concluir un contrato, tarea que realmente consiguen al no delimitarlos de ninguna forma. Por tanto, hay que atribuir a la Convención de Viena de 1980 el mérito de haber comenzado el camino de la relajación del componente objetivo de la oferta y, por tanto, del contrato, pero la verdadera consecución de esa meta la logran los tres instrumentos posteriores<sup>127</sup>.

Por su parte, la redacción del artículo 1.246 de la Propuesta de Modernización del Código Civil no sugiere que se pretenda suavizar el aspecto material de la oferta, por cuanto reclama taxativamente que ésta contenga los elementos necesarios del contrato o, en su defecto, prevea la forma de determinarlos. La expresión *elementos necesarios* ha sido acuñada por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país y no hay ninguna discusión en la calificación del precio como uno de tales elementos necesarios. Sin embargo, el artículo 1.277 de la citada Propuesta permite que, en completa oposición al precepto anteriormente citado, no consten en la oferta ni el precio ni las pautas para su delimitación<sup>128</sup>. Por ello, aunque el artículo 1.246 no cita el precio como elemento necesario –a diferencia de su mención expresa en el artículo 14 de la Convención de Viena de 1980–, entendemos que aparece la misma

---

<sup>126</sup> FAJARDO FERNÁNDEZ (“Forma, Objeto y Causa/*Consideration*”, VVAA *Derecho Privado Europeo*, Coordinador CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2003, pp. 409) entiende que el proceso de elaboración de los textos armonizadores refleja fielmente la evolución experimentada en el modo de entender la materia en estos últimos años. Asimismo, considera que, si se ponen en relación tales textos, se obtiene una normativa relativamente completa y coherente de la institución.

<sup>127</sup> VAQUER ALOY, A. (“Marco general del nuevo Derecho de contratos”, VVAA *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 50) analiza algunos ámbitos en los que se manifiesta un grado significativo de convergencia espontánea entre los diferentes sistemas jurídicos europeos y, entre ellos, destaca la formación y conservación del contrato. De hecho, considera que es una idea básica en el derecho contractual moderno la facilidad en la conclusión del contrato e ilustra este aserto con la cita de los artículos 2:101 y 2:103 de los PCEL y los 2.1.1, 2.1.2 y 2.1.14 de los Principios Unidroit. Por último, concluye que lo que resulta esencial es la voluntad de las partes de quedar obligadas por un contrato, sin que la oferta deba precisar más allá; únicamente si los mecanismos de concreción de los términos contractuales o las normas defectivas previstas en estos textos fallan completamente, no habrá contrato. Para el citado autor, la idea de favorecer al máximo la conclusión del contrato se concreta en materia de compraventa en la determinación del precio, ya que la falta de criterios para llevar a cabo dicha tarea no desemboca en la ineficacia del contrato, sino, según el artículo 55 de la Convención de Viena de 1980, en la aplicación del precio de mercado, a pesar de que el artículo 14 de la Convención mencionada establece la previsión que ya hemos examinado.

<sup>128</sup> MORALES MORENO, A. (“Adaptación del Código Civil al derecho europeo: la compraventa” y “Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro Código europeo de las obligaciones”, ambos en *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 115 y 150-151, respectivamente) explica que la reforma propuesta del Código Civil en materia de compraventa apunta en la misma dirección que los textos armonizadores del Derecho contractual europeo, por cuanto la falta de determinación del precio y de las bases para alcanzar tal concreción no es óbice para la perfección del contrato. Por su parte, VAQUER ALOY (“Marco general del ...”, cit., p. 51) cita el artículo 1.277 de la Propuesta de Modernización del Código Civil como uno de los ejemplos en que se concreta la máxima de favorecer la conclusión del contrato y, en la misma línea, también menciona el artículo II.- 9:104 del DCFR. Por último, indica que uno de los proyectos de reforma del Derecho francés –*Rapport Catala*– contiene una previsión parecida a las anteriores, si bien otro de los intentos de reforma –*Proyecto Terré*– es mucho más comedido.

contradicción con el artículo 1.277 que la existente entre los artículos 14 y 55 de la Convención indicada.

Ante el panorama expuesto, emerge inevitablemente la necesidad de la indagación de las razones que movieron a los redactores de la Propuesta de Modernización a reincidir en la divergencia plasmada en la Convención de Viena de 1980, entre las previsiones contenidas en sus artículos 14 y 55. A pesar del afán invertido en esa búsqueda, no hemos localizado ninguna respuesta que satisfaga la inquietud expuesta. Muy al contrario, consideramos que la opción elegida por la Propuesta de Modernización no es acertada, ya que podía y debía evitarse.

No pretendemos justificar la discrepancia derivada de los artículos 14 y 55 de la Convención de Viena de 1980 pero, a diferencia de la contenida en la Propuesta, resulta comprensible dada la dificultad de alcanzar un consenso en la elaboración de un instrumento internacional en la que participaron muchos países y que pertenecían a tradiciones jurídicas diferentes<sup>129</sup>. La preparación de la Propuesta de Modernización del Código Civil se llevó a cabo por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación y, aunque pudieron plantearse opiniones enfrentadas, entendemos que no se pueden trasladar las dificultades atravesadas por los redactores de la Convención de Viena 1980, ni sugerir ninguna otra clase de analogía en pos de la justificación de la Propuesta mencionada. Además, en la fecha de la elaboración de dicha Propuesta de Modernización se habían publicado numerosos estudios en los que se analizaba la divergencia descrita, lo que impide la posible objeción de su ignorancia. Todo ello sin perjuicio de considerar semejante alegación inoponible por los reputados redactores de la Propuesta, máxime cuando el objetivo trazado es introducir en nuestro señero Código Civil una regulación *ex novo* que supla sus carencias.

#### **iv. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO**

Por otra parte, tampoco logramos comprender y, desafortunadamente, también juzgamos merecedor de un juicio negativo -que ya adelantamos-, cuál es la razón por la que los redactores permitieron que el ascendiente de la Convención de Viena de 1980 les influyera en el aspecto señalado, aun cuando ello les condujera a introducir una notoria discordancia y, sin embargo, no se permitieron imitar dicha

---

<sup>129</sup> Para un completo estudio sobre la génesis de ambos preceptos, la trascendencia de la controversia surgida con motivo de la conciliación de las diferentes filosofías subyacentes a los mismos, la presunta contradicción entre ambos fruto de la necesidad de alcanzar un consenso entre los diversos sistemas jurídicos en liza y las posibles alternativas para salvar dicha divergencia, vid. PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup>. P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 315 a 359.

Convención en la redacción del criterio para determinar el precio cuando ni éste ni las pautas para su concreción se reflejan en la oferta<sup>130</sup>.

Estimamos muy importante añadir que los Principios Unidroit se independizan de la Convención de Viena de 1980 porque, además de un criterio muy similar para concretar el precio en caso de la indeterminación de éste y de las pautas para su delimitación posterior en la oferta, establecen una regla subsidiaria para el caso de que falle el anterior. En la selección de esta segunda alternativa se percibe fácilmente la pujanza del *Common Law*, ya que los Principios Unidroit aluden a un precio razonable. De hecho, se conforma como la regla sustitutoria para todos los casos en que no se detalle ni el precio ni las bases para su concreción, sin importar la causa de dicha situación<sup>131</sup>.

Por lo que concierne a los PECL y al DCFR, los primeros aluden únicamente al criterio de la razonabilidad del precio para fijarlo en el supuesto de que no se exprese en la oferta ni tampoco se pueda acudir a pautas establecidas en la misma para su concreción, por lo que se apartan de sus precedentes inmediatos<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> En nuestra opinión, parece lógico inferir que se inspiraron en el citado instrumento internacional, y, parcialmente, en los Principios Unidroit, pero en lugar de utilizar un criterio con la claridad alcanzada en ambos textos, sustituyen expresiones que, amén de su incorrección lingüística, devienen ininteligibles –*generalmente cobrado* por *generalmente practicado*–, y no se ocupan de indicaciones imprescindibles para delimitar el precio –v.gr. el momento en que debe quedar fijado–. Esta crítica debe extenderse también a la Propuesta de reforma del Código Civil en materia de compraventa, elaborada también por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, ya que la redacción sugerida para el artículo 1.477 contenido en la misma es prácticamente idéntica: “*No impedirá la perfección del contrato el que las partes no hayan fijado el precio ni el medio de determinarlo, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tener el contrato por concluido y la de atenerse a un precio generalmente practicado*”.

<sup>131</sup> Debemos acudir al Artículo 5.1.7, Sección 1 del Capítulo 5, bajo la rúbrica “Contenido”, que se integra dentro de lo que el artículo 5.1.1 denomina *obligaciones contractuales implícitas*. En los comentarios realizados por los redactores acerca del mencionado precepto –versiones 2004 y 2010– (op. cit., pp. 143 y 144) se reconoce que el párrafo (1) de dicho artículo se inspira en el artículo 55 de la Convención de Viena de 1980 y se considera que la regla tiene flexibilidad suficiente como para responder a las necesidades del comercio internacional. Asimismo, se explica que establece la presunción de que las partes se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de la celebración del contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial, aunque dicha disposición también permite refutar esta presunción en el supuesto de presentarse cualquier indicación en contrario. Es verdad que en algunos casos el precio generalmente cobrado en el mercado no satisface la prueba del criterio razonable que predomina a lo largo de todo este artículo. En este supuesto deberá recurrirse a la disposición general de buena fe y lealtad negocial (Art. 1.7) o eventualmente a alguna de las disposiciones sobre el error, dolo, o desproporción excesiva de las prestaciones (Capítulo 3). Algunos contratos internacionales involucran operaciones que son únicas en su tipo, o por lo menos son muy específicas, para las cuales no es posible remitirse al precio cobrado por prestaciones similares en circunstancias semejantes. De acuerdo al párrafo (1), se considera en tales supuestos que las partes se han remitido a un precio razonable y la parte en cuestión fijará un precio de acuerdo a un nivel razonable, sujeto a un eventual control por parte de jueces o árbitros”.

<sup>132</sup> La previsión contenida en el artículo 6:104 de los PECL es mucho más sencilla que la de sus dos antecesores: “*En los casos en que el contrato no fije el precio o el método para determinarlo, se entiende que las partes han pactado un precio razonable*”. LANDO y BEALE (op. cit., p. 201), al hilo de definir qué se entiende por acuerdo suficiente y por cláusulas determinables –comentarios al art. 2:103–, manifiestan que si las partes omiten elementos esenciales, como el precio o la calidad, éstas se pueden determinar acudiendo a las normas de los artículos 6 y siguientes, que se refieren a la integración de cláusulas, o también por los usos y prácticas entre las partes. Según los comentarios realizados al art. 6:102 –pp. 438 a 443–, que regula los *términos implícitos* –concepto acuñado por el *Common Law*–, éstos sirven para integrar las lagunas existentes mediante cláusulas concretas, como las relativas a la determinación del precio –arts. 6:104 a 6:107– o la calidad –art. 6:108–. Cuando no exista un artículo concreto, se aplicarán los criterios generales que establece el mentado precepto: la intención de las partes, la naturaleza y el objeto del contrato y la buena fe. En este punto, encontramos una sintonía con los Principios Unidroit, aunque no podemos establecer una completa identificación, por cuanto el artículo 5.1.2 enumera las siguientes pautas: la naturaleza y finalidad del contrato; las prácticas establecidas entre las partes y los usos; la buena fe y lealtad negocial; y el sentido común. También debemos hacer referencia al artículo 4.8, relativo a la “*Integración del contrato*”, dado que enuncia una serie de factores, no de forma limitativa, para determinar cuál es el término más apropiado

Sorprendentemente, el DCFR no sigue exactamente la orientación establecida por los PECL<sup>133</sup>, sino que se inspira en los Principios Unidroit, y establece un criterio principal muy similar y uno supletorio idéntico<sup>134</sup>.

Antes de seguir avanzando en el examen de la transformación acaecida con el precio en relación con la oferta, y aunque haya cuestiones que merezcan una revisión<sup>135</sup>, consideramos que estamos en condiciones de sentar una conclusión. Tanto para la Propuesta de Modernización del Código Civil como para los textos que la inspiran, no es necesario que la oferta contenga ni el precio concreto, ni las pautas para determinarlo. A efectos de sortear la incoherencia existente en la Convención de Viena de 1980 y, por imitación, en la Propuesta reseñada, se debe considerar que, respectivamente, la precisión de la oferta no requiere la determinación del precio ni la designación de bases para su delimitación y que el precio ha dejado de calificarse como elemento necesario para la completitud de la oferta.

En consecuencia, se abre un interrogante que sólo podemos dejar planteado, dado que no hemos encontrado contestación al mismo en el articulado de la Propuesta de Modernización del Código Civil. De esta forma, si la falta de regulación del objeto conduce a la imposibilidad de calificar el objeto del contrato como uno de los componentes inexcusables del contrato y, por ende, de la oferta, y

---

en el supuesto de que “[...] las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones”.

<sup>133</sup> La sorpresa deviene del hecho, que se desprende del contraste entre los PECL y el DCFR y que reconoce VALPUESTA GASTAMINZA, E. (“Libro II. Contratos y otros actos jurídicos”, VVAA *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho Español*, Coordinador VALPUESTA GASTAMINZA, Bosch, Barcelona, 2011, p. 119) cuando afirma que “En materia de oferta y aceptación el DCFR reproduce, prácticamente de forma textual, lo que establecían los Principios Lando (arts. 2:201 a 2:211 PECL). Se trata de una cuestión muy estudiada por la Comisión Lando, en la que además se partía ya de las soluciones recogidas en la Convención de Viena para la compraventa de mercaderías que estableció reglas concretas acerca de qué entender por oferta o aceptación”.

<sup>134</sup> El artículo II.- 9:104 del DCFR alude, en primer lugar, al precio generalmente cobrado en similares circunstancias en el momento de la conclusión del contrato y, en su defecto, a un precio razonable. Sin embargo, la invocación de dichos criterios se sujeta no sólo a la falta de determinación del precio en la oferta y a la carencia de bases para su posterior concreción, sino a la condición de que tampoco pueda inferirse de normas legales aplicables al caso –lógicamente, diferentes a la que estamos analizando–, ni de los usos o prácticas establecidas entre las partes. En nuestra opinión, semejante condicionamiento introduce una confusión en este ámbito porque impone la realización de una tarea de integración de uno de los términos del contrato que debería llevarse a cabo *a posteriori*, es decir, cuando no se haya podido colegir el precio en función de los criterios establecidos al efecto.

<sup>135</sup> FAJARDO FERNÁNDEZ (“*Forma, Objeto y ...*”, cit., pp. 409 y 410) reivindica la armonización de los criterios para completar la laguna del precio recogidos en los diversos textos armonizadores europeos –incluyendo el Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía– y aconseja proporcionar sólo uno para todos los casos, lo que evitaría la sensación de contradicción que parece existir entre los mismos. En este sentido, propone como único criterio acudir al precio razonable, es decir, el que considerarían razonable personas de buena fe que estuvieran en la misma situación que las partes –art. 1:302 PECL–. De hecho, entiende que los diferentes criterios planteados no son opuestos, sino diferentes concreciones del concepto “precio razonable”. Asimismo, reconoce que muchas veces coincidirá con el precio generalmente cobrado o de mercado, en el momento de la perfección del contrato en condiciones parecidas y dentro del ramo que se contrata, si bien las posibilidades son mayores y debe partirse de los elementos interpretativos proporcionados por el contrato en cuestión. Según BONELL, M.J. (“The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the same Purposes?”, *Uniform Law Review*, núm. 26, 1996, p. 237, accesible en <http://www.cisg.law.pace.edu>, de la Pace Law School Institute of International Commercial Law), la contradicción descrita no responde a diferencias de política legislativa.

dado que la forma, salvo supuestos excepcionales, desde tiempos inmemoriales dejó de considerarse requisito indefectible para la conclusión del contrato, traemos a colación de nuevo una pregunta que reclama una respuesta urgente: ¿Qué elementos estima la aludida Propuesta de Modernización del CC como esenciales para la perfección contractual<sup>136</sup> y, por tanto, deben contenerse previamente en la oferta?<sup>137</sup>.

## **v. DETERMINACIÓN UNILATERAL DEL PRECIO**

Encontramos un nuevo progreso, al menos según nuestra ponderación, en el refrendo de la posibilidad de que el precio pueda ser fijado por una de las partes con posterioridad a la perfección del contrato, de momento vedada por el Código Civil vigente<sup>138</sup>, salvo para los arrendamientos de servicios mediante la invocación de los usos negociales existentes y su aplicación según *arbitrium boni viri*<sup>139</sup>. Las condiciones que establece la Propuesta de Modernización del Código Civil para que esta posibilidad sea factible tampoco son un ejemplo de precisión ni de redacción.

---

<sup>136</sup> MARCHAL ESCALONA (op. cit., p. 581) opina que el artículo 1.277 de la Propuesta de Modernización acoge la misma solución que la imperante en los países del *Common Law*, que no exigen *precio cierto* fijado *ab initio* como condición de validez del contrato. Según la autora citada, el contrato sin precio no constituye un problema que afecte a su formación, sino un motivo por el que puede declararse, posteriormente, la nulidad del contrato, lo que es fruto del desplazamiento de toda la importancia desde el objeto hasta el consentimiento. A nuestro juicio, el cambio de tendencia que muestra el precepto mencionado resulta trascendental por cuanto supone acoger un planteamiento inverso al seguido por los sistemas de tradición romano-germánico -que mantiene nuestro actual Código Civil-, que exigen la determinación del precio para considerar perfeccionado el contrato.

<sup>137</sup> Cerramos estas consideraciones con la reflexión de que podría defenderse la apreciación de que la causa, a pesar de que la Propuesta no la califique expresamente como requerimiento imprescindible para la formulación de la oferta, ostenta dicha categoría pero, como ya comentamos, al presumirse legalmente su existencia y licitud no es un aspecto que condicione el análisis de la oferta desde su vertiente objetiva. En todo caso, se nos antoja una mayor conexión entre dicho elemento y el requisito subjetivo de la oferta, es decir, con el hecho de que la oferta refleje la voluntad del oferente de obligarse, en la medida en que ello obedezca al propósito empírico que pretende lograr con la oferta y que, gracias a la aquiescencia del destinatario, se convierta en el propósito común de las partes. LUNA SERRANO, A. ("Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitiva del contrato", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, V. 2, Num. 2, Octubre 2010, pp. 144 y 145) lleva a cabo una detallada exposición de los problemas relacionados con el concepto de la causa y de las diferentes posturas adoptadas en torno a cada uno de ellos. En este sentido, indica que "La evanescencia y la inconcreción del concepto de causa inducen la idea de su inutilidad, idea a la que puede asociarse la consideración práctica de que la falta de la necesidad de su expresión es aconsejada por las conveniencias del tráfico y de la negociación mercantil, (...). Por lo demás, con referencia a los llamados negocios abstractos, es verdad que, en los ordenamientos causalistas, como el nuestro, la existencia en ellos de la causa se presume, como dice el art. 1.277, pero no es menos cierto que la presunción puede no corresponderse con la realidad y que si tal presunción no se rebate porque no se quiere rebatir, el contrato funciona perfectamente aunque no responda a una causa que pueda distinguirse de la voluntad de los contratantes".

<sup>138</sup> DÍEZ-PICAZO ("*Fundamentos ...*", cit., p. 355) señala que no existe ningún problema si el comprador indica en la oferta de compra que acepta el precio de catálogo o los precios *practicados* por el vendedor. Llega a la misma conclusión en el caso de que el oferente no rechace los precios *practicados* por el destinatario de su oferta o pedido. Hemos resaltado con la utilización de la cursiva el hecho de que el autor al que nos referimos utiliza la misma expresión que el artículo 1.277 de la Propuesta de Modernización del Código Civil. En todos estos casos, sólo podría existir un recurso a las reglas de la buena fe para reducir el precio, cuando el facturado resulte notoriamente abusivo. El citado autor concluye que se puede entender válida la remisión al arbitrio de una de las partes en la fijación del precio, siempre que se realice de acuerdo con un arbitrio *boni viri* con la consiguiente remisión a un arbitrio corrector.

<sup>139</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI, I. [*La oferta contractual en el comercio internacional (Un estudio a la luz del Derecho Uniforme y del Derecho Privado)*, Universidad de Cádiz y Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 85 y 86 y nota 43] explica que, en España, la remisión de la determinación del objeto contractual al arbitrio de una de las partes parece ser admitida en muchos casos por los usos de los negocios. Indica que el ejemplo más claro lo constituyen los honorarios en los contratos de arrendamiento de servicios, sobre los que no se conviene nada en el momento de celebrarse el contrato, quedando remitidos al arbitrio de la parte que presta los servicios, la cual debe proceder según *arbitrium boni viri*.

En principio, la Propuesta parece situarlas al mismo nivel, de forma que podría pensarse que el contratante legitimado para concretar el precio puede elegir entre las ofrecidas pero, a nuestro juicio, deben interpretarse de forma escalonada. En consecuencia, deberá atenderse en primer lugar, *a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido* y, en segundo lugar, *a los que resulten del tipo de contrato o de los usos*. En cuanto a la primera de las condiciones explicitadas, creemos que la formulación elegida por los redactores de la Propuesta es compleja y, en la práctica, se nos ofrece muy difícil precisar una regla a la que las partes se hubieran remitido tácitamente, salvo el precio que utilicen habitualmente en transacciones de la misma índole, es decir, el que se derive de los usos o prácticas establecidas entre las partes en situaciones análogas. Nos resulta más complicado aún admitir que pueda existir una remisión implícita común a excepción del ejemplo señalado.

Por lo que se refiere a la segunda de las condiciones, merece mayor apoyo que la anterior, ya que alude a criterios de tinte objetivo, comúnmente utilizados por diferentes textos legales para la interpretación de los contratos. Por último, debemos destacar que, a diferencia de los antecedentes de la misma, opta por la remisión, en primer lugar, a un criterio diferente a todos los utilizados por dichos textos, que, en principio, puede calificarse como respetuoso con la voluntad de las partes pero de difícil aplicación práctica. En segundo lugar, se remite a dos criterios cuyos resultados, en ciertos casos, pudieran resultar antitéticos, por lo que se debería haber previsto una solución a dicha posibilidad o haber establecido una graduación entre ambos.

Con relación a este aspecto, los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR mantienen, en unidad de criterio, que la determinación del precio pueda acometerla con carácter independiente uno de los contratantes y, además, cabe apreciar la ausencia de patrón alguno por el que debe regirse en su labor<sup>140</sup>. Estos instrumentos internacionales no coartan la libertad de actuación que las partes de consuno han decidido conferir a una de ellas, de forma que ésta podrá determinar el precio en función del método que estime más oportuno. Como se deduce de lo expuesto, la Propuesta de Modernización del Código Civil se coloca en una posición intermedia

---

<sup>140</sup> Con relación a este punto, queremos destacar que la Convención de Viena de 1980 no prevé nada al respecto, al igual que tampoco se ocupa de la determinación del precio por un tercero ni por referencia a elementos objetivos, temas de los que sí se ocupan el resto de textos inspiradores de la Propuesta de Modernización del Código Civil. Otro punto que debemos realzar es la adopción del mismo criterio por todos los textos armonizadores: precio razonable. Esto supone la elección mayoritaria de un criterio eminentemente subjetivo, propio de los países de tradición anglosajona y germánica, mientras que los romanistas muestran una clara preferencia por criterios objetivos y, en su defecto, por la exigencia de una actuación de manera equitativa. Vid. los comentarios al artículo 6:104 de los PECL (op. cit., pp. 450 a 452) y al artículo II.- 9:105 del DCFR (op. cit., pp. 600 y 601).

ya que sujeta la decisión del contratante que procederá a delimitar el precio al respeto de unos criterios<sup>141</sup>.

Con una visión completamente pragmática, los instrumentos de referencia entienden que no hay que revisar el proceso de toma de decisión del contratante autorizado para delimitar el precio, es decir, no se debe comprobar si se ha ajustado a los criterios establecidos. En su lugar, consideran que se debe controlar el resultado conseguido y, según esta óptica, se trata de verificar que el precio delimitado no es manifiestamente irrazonable y, en ese supuesto, se sustituirá por otro razonable. Para reforzar esa comprobación, se dispone imperativamente que se podrá llevar a cabo a pesar de que las partes hayan establecido una previsión en contrario<sup>142</sup>. En nuestra opinión, dado que la razonabilidad es un concepto jurídicamente indeterminado y nos enfrentamos a la delimitación de un extremo material que admite la ayuda de reglas concretas, se debería haber aprovechado la ocasión para establecerlas. De esta manera, la facultad revisora de los tribunales se situaría en un espacio de mayor seguridad jurídica para todos los afectados<sup>143</sup>.

## vi. FIJACIÓN UNILATERAL DE OTRAS CIRCUNSTANCIAS

Además, el recorrido del precepto no se restringe a la delimitación unilateral del precio por uno de los contratantes, sino que se extiende a la determinación de cualquier otra circunstancia del contrato, cuestión que, en nuestra opinión, reviste una importancia crucial. Mostramos nuestra aquiescencia a la eventualidad

---

<sup>141</sup> MARCHAL ESCALONA (op. cit., p. 590) explica que la integración del precio por una de las partes (de forma unilateral) recibe un tratamiento diverso en Derecho comparado. Frente a los sistemas jurídicos como el alemán o el anglosajón, en los que la determinación unilateral del precio constituye una posibilidad legalmente prevista –parágrafo 315 B.G.B., arts. 371 y 372 Cc griego, art. 400 Cc portugués, parágrafo 5 de la *Sale of Goods Act* danesa y parágrafos 45 de la *Sale Of Goods Acts* finlandesa y sueca-, están los sistemas continentales, donde no se permite dejar en manos de uno de los contratantes la determinación de dicho elemento, ya que se trata de una cuestión que afecta a la validez del contrato. Sin embargo, incluso en estos últimos sistemas, se admite excepcionalmente dicha posibilidad para determinados tipos de contratos –*ad.ex.* en Francia, en caso de cargas excesivas de los mandatarios y en España en los contratos de arrendamientos de servicios-. A nuestro juicio, la situación del Derecho español no permite una respuesta unívoca porque, si bien el artículo 1.449 del Código Civil vigente prohíbe taxativamente la alternativa que estamos analizando, no es compartido por toda la doctrina –FAJARDO FERNÁNDEZ (“*La compraventa...*”, cit., p. 369) y PERALES VISCASILLAS (“*La formación del ...*”, cit., p. 329)-, ni aplicado por la jurisprudencia, ya que apenas se utiliza para declarar la nulidad contractual.

<sup>142</sup> Vid. los comentarios de los redactores al artículo 5.1.7 (2) de los Principios Unidroit –versiones 2004 y 2010- (op. cit., p. 144) en los que se reitera que este supuesto se produce en ciertos sectores del comercio, como el de los arrendamientos de servicios, y que el único límite al que debe ajustar su actuación la parte que concreta el precio es que éste no sea irrazonable, tanto porque resulte muy alto, cuando lo fija el acreedor, como si deviene inusitadamente bajo, porque lo delimita el deudor. Se insiste en el carácter imperativo del límite expuesto, ya que la exclusión del mismo mediante una previsión de las partes, no tendrá efecto alguno.

<sup>143</sup> FERRANTE, A. (“Precio de compra indeterminable, consumidor y acción de reducción de precio, son compatibles en el *Draft Common Frame of Reference*?”), *Indret*, núm. 1/2010, Barcelona, enero 2010, pp. 1 a 22) alude a la etérea esencia del precio razonable y, en tal sentido, establece que “El concepto de lo razonable es tan vasto que merecería una tesis doctoral *ad hoc*, dado que puede adoptarse como un baremo de referencia de carácter más general no abarcando solamente la problemática relativa al precio. Este caso se da tanto en los PECL como en el DCFR hasta el punto de procederse a fijar una definición de lo razonable aplicable a todas las disposiciones en las que este término figure. Sin embargo, se observa una diferenciación entre la definición de los dos textos. El DCFR toma una definición de razonable que excluye la referencia al criterio de la buena fe y mantiene la mención, aunque modificándola, a los usos y prácticas de comercio”. Para mayor profundización de la noción analizada, nos remitimos a los comentarios al artículo 1:302 de los PECL (op. cit., pp. 169 y 170) y al artículo I- 1: 104 del DCFR y a la definición contenida en el Anexo (op. cit., pp. 90 y 91).



proyectada por la Propuesta de Modernización del Código Civil, en consonancia con nuestra adhesión a la concreción del precio de manera unilateral, aunque no se infiera claramente si la Propuesta mencionada sólo alude a pormenores que no afectan a la esencia del acuerdo alcanzado por las partes –v.gr. el lugar de entrega de las mercancías o de la prestación de los servicios-. La utilización de la palabra *circunstancia* induce a considerar que la citada Propuesta de Modernización no ha querido referirse a un componente inexcusable del contrato, pero cabría colegir lo contrario por su situación junto a la mención del precio, cuestión que debería subsanarse sin demora.

En este extremo, la Propuesta de Modernización del Código Civil se guía únicamente por los PECL, ya que, aunque el DCFR también prevé esta posibilidad, su redacción es posterior a la Propuesta reseñada, mientras que la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit no la contemplan<sup>144</sup>. Sin embargo, la semejanza acaba en este punto, porque la citada Propuesta estima de aplicación los mismos criterios que prescribe para la determinación unilateral del precio por uno de los contratantes, mientras los PECL respetan a ultranza la libertad de dicho contratante, ya que no le condicionan con la imposición de la observancia de regla alguna<sup>145</sup>. A cambio, si el resultado puede calificarse claramente como irrazonable, se suplirá por otro razonable, a pesar de que los contratantes hubiesen admitido expresamente tal coyuntura<sup>146</sup>.

En función de la relación con la problemática que estamos analizando, entendemos que resulta imprescindible resaltar que la Propuesta de Modernización

---

<sup>144</sup> Vid. los comentarios realizados al artículo 9:105 del DCFR, op. cit., pp. 600 y 601.

<sup>145</sup> El Derecho alemán instituye, como modo supletorio de integración de las lagunas, la determinación subjetiva por una de las partes y, en este sentido, el parágrafo 315 del B.G.B. permite que la prestación, objeto del contrato, o cualquier otro elemento del mismo sea delimitado por uno de los contratantes mientras se sujete a un juicio equitativo. El resultado de dicha labor es revisable por los tribunales, para comprobar su adecuación a la equidad, y, de la misma forma, establecerán el precio o el elemento indeterminado si no lo fija o se retrasa. El *Uniform Commercial Code* admite los *Open Price Terms* en la sección §2-305 y la determinación de la cantidad de las mercaderías por el vendedor o el comprador en la sección §2-306. Ambas secciones condicionan la actuación del contratante a la buena fe, en consonancia con la sección §1-304. Para PERALES VISCASILLAS (“*La formación del...*”, cit., p. 332) resulta paradójica dicha remisión por cuanto los tribunales americanos admiten que no existe un deber general de observancia de la buena fe durante las negociaciones. Sin embargo, creemos que dicha posición es compatible con el hecho de que el UCC imponga el respeto al deber de la buena fe durante el cumplimiento de los contratos sujetos al mismo.

<sup>146</sup> Vid. los comentarios realizados por los redactores al artículo 6:105 de los PECL (op. cit., pp. 450 y 451), en los que se insiste en la posibilidad de la revisión por los tribunales de los precios o de cualquier otro elemento del contrato fijados de manera unilateral, aun cuando las partes hayan excluido la intervención de los mismos mediante pacto en contrario. Ahora bien, en aras a evitar el posible abuso de esta previsión, el precio o elemento debe ser manifiesta o enormemente irrazonable. En cuanto a la esencialidad de los elementos que pueden ser delimitados autónomamente por uno de los contratantes, no se ofrecen criterios para poder afirmar o negar dicha posibilidad, pero entendemos que, en una interpretación conforme al principio *favor contractus* que subyace a los PECL, debe abarcar cualquier clase de componentes del contrato. En este sentido, con relación a los diversos significados del citado principio y su posible plasmación en el artículo 5:106 de los PECL, cfr. LAVARRIEGA VILLANUEVA, P.A., “Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y el *favor contractus*”, *Panorama internacional del Derecho mercantil. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, T. II, Coordinadora QUINTANA ADRIANO, Q. A., Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, Méjico, 2006, pp. 381 a 408 y “La interpretación objetiva a propósito del artículo 5:106 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 112, Universidad de Costa Rica, enero-abril 2007, pp. 51 a 86.

del Código Civil regula lo que podríamos denominar el contrato con términos “abiertos” -según la terminología empleada por los Principios Unidroit-, si bien de forma más limitada que en el texto de *soft law* mencionado o en los sistemas del *Common Law*. De este modo, el proyectado artículo 1.242, prevé en el primer párrafo que: “No impedirá la perfección de un contrato, si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales y quieren vincularse ya, el que hayan dejado algún punto pendiente de negociaciones ulteriores”. Además, también resulta significativo el hecho de que dicha norma se sitúa en el Capítulo I, dedicado a las disposiciones generales, cuando el Capítulo II es el que regula la formación del contrato<sup>147</sup>.

Además, la Propuesta de Modernización del Código Civil contempla en el segundo párrafo del artículo 1.242 que “Si en el curso de una negociación y antes de alcanzarse el acuerdo, una de las partes hubiera manifestado a la otra que el contrato no se entendería celebrado hasta haber extendido el referido acuerdo a determinadas cláusulas o condiciones o hasta que se suscriba un documento, el contrato no estará formado mientras tales requisitos no se cumplan”. A nuestro juicio, el artículo 2.1.14 de los Principios Unidroit permite inferir que los términos “abiertos” pueden revestir un carácter esencial o no, siempre que ello no afecte a la existencia del contrato<sup>148</sup>.

En cambio, creemos que la Propuesta de Modernización del Código Civil quiere referirse en el artículo 1.277 a la posibilidad de la determinación por una de las partes de otros elementos de la misma importancia que el precio o inferior, mientras que, en el artículo 1.242, se está refiriendo a puntos no sustanciales del contrato, pero a los que una de las partes, o ambas, elevan a la categoría de esenciales. Ahora bien, en nuestra opinión, si la Propuesta contempla la alternativa de la fijación del precio, o elemento equiparable, por una de las partes, debe admitirse también que ambas pacten la determinación de un componente esencial, o que así lo declaren, para un momento ulterior.

## **vii. DETERMINACIÓN DEL PRECIO POR UN TERCERO**

En coordinación con el párrafo anterior, también se prevé la tesitura en la que el precio o cualquier otra circunstancia queden *al arbitrio de un tercero*, y la concreción de tales extremos por referencia a un factor. En términos generales, compartimos la proyección de la Propuesta que analizamos, por cuanto se acota a la previsión de pautas para los casos en que el tercero no quisiera o pudiera puntualizar ni el precio

---

<sup>147</sup> Sin embargo, el artículo 2.1.14 de los Principios Unidroit –versiones 2004 y 2010-, que le sirve de clara inspiración, contiene una redacción más completa, ya que prevé, por un lado, que la determinación ulterior pueda llevarse a cabo por un tercero y, por otro lado, la subsistencia del contrato en el caso de que las partes no alcancen un acuerdo posteriormente o el tercero no lo concrete, siempre que, en este último supuesto, exista un modo razonable para ello, “[...] *teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes*”. No hemos encontrado precepto similar en la Convención de Viena de 1980, ni en los PECL, ni en el DCFR.

<sup>148</sup> Vid. los comentarios al artículo 2.1.14 –versiones 2004 y 2010-, op. cit., pp. 58 a 60.

ni cualquier otra circunstancia del contrato, así como cuando el factor de referencia hubiese desaparecido en el momento de la celebración del contrato o no fuere accesible a las partes<sup>149</sup>.

También podemos calificar muy acertada la posición de la Propuesta de Modernización del Código Civil en la medida en que, a nuestro juicio, soslaya una omisión del Código Civil vigente. Creemos que, debido al limitado prisma desde el que dicho texto permite la determinación ulterior del precio, mediante la sujeción del contratante o del tercero a concretas pautas en su actuación, también se ve obligado a confinar dicha posibilidad a un único conato por parte del tercero<sup>150</sup>. En cambio, la Propuesta de Modernización del CC asume la imposibilidad de dicha determinación por parte del tercero por cualquier causa y, debido al claro influjo de sus antecedentes, soluciona dicha dificultad mediante la designación de otra persona por los Tribunales<sup>151</sup>.

De esta manera, se otorga la debida deferencia a la voluntad de las partes, que -no olvidemos- han pactado expresamente que un tercero concrete el precio o cualquier otra circunstancia del contrato. No obstante, y en pura lógica con la trascendencia conferida a la voluntad común, los tribunales no podrán intervenir cuando se pueda inferir, o se aclare expresamente, que la designación inicial del tercero haya sido *determinante de la celebración del contrato en tales condiciones*. Resulta

---

<sup>149</sup> Dentro de las posibilidades de integración del precio, la más emblemática es el arbitrio de uno o varios terceros, ya que encuentra su entronque con las fuentes romanas. Según DÍEZ-PICAZO (*"Fundamentos ..."*, cit., pp. 268 y 269), el Código Civil vigente recoge esa tradición y admite la intervención del tercero en la regulación de dos contratos concretos, en el de compraventa –art. 1.447- y en el de sociedad –art. 1.690-. En opinión de MARCHAL ESCALONA (op. cit., pp. 584 y 585), se trata de una opción muy aconsejable por dos razones. La primera es permitir a las partes retrasar la fijación del precio, lo que puede resultar de gran utilidad en los contratos de larga duración. Y, la segunda, porque, en ciertos casos, la determinación del precio requiere poseer ciertas cualificaciones de las que las partes carecen.

<sup>150</sup> Como ya adelantamos, el artículo 1.447 del actual Código Civil establece taxativamente la ineficacia del contrato en el supuesto de que el tercero designado no lleve a cabo la labor encomendada sin importar la causa a que obedezca dicha situación. Sin embargo, FAJARDO FERNÁNDEZ (*"La compraventa..."*, cit., 360 a 362) desarrolla las divergencias doctrinales existentes con relación al ámbito de aplicación del precepto mencionado y sobre si el precio es o no integrable. Ante esta última cuestión, el citado autor responde afirmativamente, pero otros autores –GARCÍA CANTERO, G., "Artículos 1.447 y 1.448 del Código Civil", VVAA *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Directores ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., T. XIX, Edersa, Madrid, 1993, p. 53- entienden que no, dado que en Derecho español, a diferencia de otros extranjeros, no se prevé la sustitución por el Juez de la actividad del árbitro. De todas formas, en consonancia con la opinión de FAJARDO FERNÁNDEZ, la polémica ha devenido estéril ya que la jurisprudencia española ha atenuado el rigor de la norma y ha estimado válido y eficaz el contrato en tales casos.

<sup>151</sup> Este punto responde al problema de la imposibilidad sobrevenida de la determinación del precio, o indeterminación sobrevenida, cuyo análisis en Derecho comparado revela que hay diferencias significativas entre los sistemas continentales y los del *Common Law* a la hora de decidir qué ocurre en tal supuesto. Obviamente, las partes pueden resolver en el propio contrato la situación de la forma que estimen más oportuna: designación de un nuevo árbitro, prohibición de nombramiento de nuevo árbitro por responder a una designación *intuitu personae*, integración del precio por otros mecanismos, etc. Según MARCHAL ESCALONA (op. cit., pp. 598 y 599), la solución ofrecida en Derecho alemán e italiano es singular, por cuanto los tribunales procederán a integrar el precio o a declarar ineficaz el contrato en función del tipo de arbitraje que le haya sido encomendado al tercero. El ordenamiento jurídico francés opta por la inexistencia del contrato si el tercero no quiere o no puede determinar el precio, solución que, aunque pueda resultar sorprendente, coincide con la adoptada inicialmente por los sistemas angloamericanos. Para la jurisprudencia tradicional americana, era un caso de frustración del contrato y, por tanto, suponía la resolución del mismo, lo que no resultaba coherente con la flexible concepción del precio existente en dicho sistema. El U.C.C. ha venido a atenuar dicho rigor –sección § 2-305 y 4-, al establecer que el contrato es válido y considerar que los contratantes se han remitido a un precio razonable.

evidente que la Propuesta de Modernización alude implícitamente al nombramiento *intuitu personae* del tercero y, por tanto, que la solución adoptada es la correcta, en aras del respeto a la intención de las partes.

Por otro lado, debemos manifestar un nuevo reproche a la redacción y al enfoque utilizados por la Propuesta de Modernización del Código Civil con relación a la última previsión relacionada con la determinación del precio por un tercero - artículo 1.277, nº 2, segundo párrafo: “*Si en la determinación del tercero hubiera una significativa falta de observancia de los criterios a los que hubiera debido atenerse, se estará a lo que los Tribunales decidan*”. En un primer acercamiento, parece referirse al resultado de la selección de la persona concreta que ha de proceder a delimitar la contraprestación económica del contrato. Sin embargo, mediante una interpretación coordinada con la prevención anterior, hay que colegir que alude al desenlace de la labor de concreción realizada por el tercero y, en concreto, cuando no se ajuste a los criterios a los que hubiera tenido que atenerse. En tal caso, una vez más los tribunales serán los encargados de dirimir la situación creada.

Por otro lado, se desprende que existen reglas a las que tiene que amoldarse el tercero en su tarea, ante cuyo evidente quebrantamiento correspondería a los tribunales decidir<sup>152</sup>. Nuevamente, no alcanzamos a entender las razones que llevaron a los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil a plasmar esta previsión en sentido negativo y, sobre todo, por qué no explicitan qué pautas debe respetar. Evidentemente, esta postura es respetuosa con la autonomía de las partes, ya que no limita su decisión y concuerda con la posición actual del Código Civil. Sin embargo, deberían preverse los criterios apropiados para el supuesto de que las partes no concreten este extremo, por cuanto, en tal caso, sería factible que el tercero invocara la equidad, la buena fe o la razonabilidad, e incluso su prudente arbitrio, máxime cuando se trate de un profano en materias jurídicas y económicas<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> FERRANTE (op. cit., pp. 3 y 4) nos recuerda que, desde la óptica de nuestro Derecho interno, hay que constatar la necesaria y conveniente diferenciación entre los términos de árbitro y de arbitrador. El antiguo art. 2.2 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de derecho privado, aludía a la figura arbitrador, dado que establecía que “*no se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente*”. A pesar de que esta aclaración se ha perdido tanto con la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, como con la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, la jurisprudencia y la doctrina científica han matizado esta diferencia, al establecer que el artículo 1.447 del vigente Código Civil “no estatuye arbitraje alguno en el sentido procesal y propio de la institución y por lo tanto en el de impedir el conocimiento por la jurisdicción ordinaria de la controversia, sino pura y simplemente el de tener el precio por cierto cuando se ha dejado su señalamiento al arbitrio de persona determinada”. En cuanto a la jurisprudencia, podemos citar las SSTs, Sala de lo Civil, 10 marzo 1986, 4 julio 2003 y 1 septiembre 2006.

<sup>153</sup> Uno de los problemas característicos que señala la doctrina respecto a la determinación del precio por un tercero es el margen de decisión del que goza el mismo, con un resultado inversamente proporcional, dado que cuanto más se concrete su actuación, dispondrá de menor margen de maniobra. Las opciones que se les ofrecen a las partes son muy variadas: según su leal saber entender –*arbitrium merum* o libre arbitrio-, según equidad –*arbitrium boni viri* o arbitrio de equidad- o según bases prefijadas en el contrato –dictamen arbitral-. Como señala PERALES VISCASILLAS (“*La formación del ...*”, cit., p. 333), la práctica totalidad de los sistemas jurídicos permiten que un tercero o árbitro determinen el precio, pero

Por último, hay que destacar que, además de las novedades expuestas, sobresale el papel atribuido a los tribunales en todos los supuestos examinados, dado que éstos podrán determinar el precio, o cualquier otra circunstancia del contrato, ya sea porque el contratante autorizado para su delimitación unilateral o el tercero no hayan observado los criterios a los que hubieran debido atenerse, ya sea porque el tercero no concrete dicho precio, con independencia del motivo que provoca esa actitud<sup>154</sup>. En principio, podríamos estimar superfluas dichas cautelas, ya que parece obvio que toda controversia que surja entre las partes, con independencia de la causa que la motive, podrá -e incluso deberá- trasladarse a los tribunales, a fin de que éstos decidan la solución adecuada al caso.

A nuestro modo de ver, los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil juzgaron más oportuno incurrir en esta posible redundancia por dos razones. En primer lugar, para reforzar la premisa de que la labor de delimitación llevada a cabo por uno de los contratantes se sujeta a cortapisas que impedirán que su voluntad prevalezca sobre la del otro, lo que puede persuadirle a acatar las bases establecidas para la toma de su decisión y, por tanto, lograr el consenso requerido en este punto. En segundo lugar, se resuelven las posibles dudas sobre la viabilidad de la impugnación de las decisiones adoptadas unilateralmente por una de las partes o del tercero que surgen en diferentes ordenamientos jurídicos<sup>155</sup>.

---

se observan notables diferencias en cuanto al tipo de arbitraje que permiten y las consecuencias de que las partes no detallen las instrucciones sobre la actuación del árbitro. En caso de ausencia de indicaciones por las partes, los ordenamientos jurídicos italiano –artículo 1.349- y alemán –§ 317- establecen que será un arbitraje de equidad. En el caso español, GARCÍA CANTERO (“*Artículos 1.447 y 1448...*”, cit., pp. 50 y 51) también apoya esa selección. En los países del *Common Law* no se distingue entre *arbitrium merum* y *boni viri*, y admiten que el tercero pueda decidir en función de los criterios que estime más convenientes.

<sup>154</sup> Otro punto polémico en torno a la determinación del precio por un tercero o árbitro se refiere a las dificultades que pueden aparecer a propósito de su designación, en función de la modalidad elegida por las partes a tal efecto. No surgirán cuando las partes designen expresamente al tercero –que podría ser un juez- o a la persona u organismo que debe hacer dicha elección. Serán más probables cuando el tercero es designado unilateralmente por una de las partes o su nombramiento deberá ser de mutuo acuerdo de las partes, aun cuando las partes puedan prever en el contrato una cláusula contractual capaz de paliar tales deficiencias. La duda que surge es si se puede suplir la actividad integradora que le incumbe al tercero o sólo se procede designar al tercero. Según expone MARCHAL ESCALONA (op. cit., p. 587), en los sistemas romanistas la actividad integradora no sólo varía de un ordenamiento jurídico a otro, sino que, dentro de un mismo ordenamiento, dicha actividad depende del tipo de contrato de que se trate. En el Derecho alemán, los tribunales aplican por analogía los parágrafos 315.3º y 319.1º del B.G.B., que permiten al juez determinar directamente el precio, salvo en aquellos supuestos en los que el tercero deba fijar el precio según *arbitrium merum*. El Derecho español no prevé solución alguna, pero si el Tribunal Supremo ha admitido la validez del contrato cuando el tercero no ha querido o podido fijar el precio a pesar de que el artículo 1.447 del Código Civil establece claramente su ineficacia, es lógico deducir que la elección del tercero es integrable. Sin embargo, no existe consenso en la doctrina sobre este punto, de forma que, mientras algunos defienden que el juez puede integrar esa elección –FAJARDO FERNÁNDEZ, “*La compraventa ...*”, cit., p. 360-, otros opinan que el contrato es ineficaz –PERALES VISCASILLAS, “*La formación del ...*”, cit., p. 328-. Tampoco se contiene ninguna previsión en los textos en que se inspira la Propuesta de Modernización del Código Civil, lo que, a nuestro juicio, es una omisión sorprendente.

<sup>155</sup> A nuestro juicio, no hay duda de que cabe la impugnación del precio, o de cualquier otra circunstancia, si concurren cualquier vicio del consentimiento o se infringe una norma imperativa, pero en este momento nos estamos refiriendo a la posibilidad de la impugnación cuando el resultado sea, por ejemplo, irrazonable o no se ajuste a la equidad. En el caso de que la determinación sea encomendada a un tercero, la cuestión se relaciona estrechamente con el margen de maniobra de que goza para llevar a cabo su tarea. Tal y como detalla MARCHAL ESCALONA (op. cit., p. 607), en el Derecho alemán, si el árbitro debe adoptar su decisión según equidad, ésta podrá ser impugnada y, en su caso, el juez determinará el precio –parágrafo 319.1º BGB-, pero si se trata de un *arbitrium merum*, no podrá impugnarse –parágrafo 319.2º BGB-, aunque

Razonamiento diferente, aunque también positivo, nos sugiere la ausencia de detalle del precio o de otra circunstancia del contrato por un tercero, ya que el Código Civil vigente establece claramente que el contrato deviene ineficaz. En este punto, estimamos que los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil contemplaron otras opciones en contestación a uno de los principios fundamentales que preside su articulado, el de la conservación de los contratos, complementado con el respeto a la voluntad de los contratantes, al que no siempre se muestra el debido reconocimiento. De esta manera, si las partes deciden que sea un tercero el que determine el precio o cualquier otra circunstancia del contrato, la falta de concreción por el tercero no debe suponer cambio alguno en su decisión<sup>156</sup>.

Con relación a esta concreta materia, podemos observar que la Propuesta no se inspira totalmente en ninguno de sus antecedentes a la hora de regular la determinación del precio por un tercero, y que sólo comparten el hecho de que todos, salvo la Convención de Viena de 1980, admiten dicha contingencia. Asimismo, sólo se imbuye de la regulación contenida en los PECL y en el DCFR en cuanto a la concesión a los tribunales de la autorización para nombrar a otra persona que sustituya al tercero inicialmente designado, en el caso de que éste no pudiera o no quisiera determinar el precio. El texto objeto de nuestro estudio matiza de modo muy oportuno que únicamente será posible el nombramiento de otro tercero si la designación inicial no condicionó la celebración del contrato<sup>157</sup>.

Por último, merece destacarse el hecho de que la Propuesta de Modernización, al igual que los dos instrumentos internacionales inmediatamente anteriores a la misma, así como el DCFR, no restringe la libertad del tercero mediante la imposición de cánones de actuación, sin perjuicio de la matización que expusimos sobre la conveniencia de que dicha Propuesta contemplase reglas

---

siempre podrá anularse por violación del orden público –parágrafo 134 BGB- o de las buenas costumbres –parágrafo 138 BGB-. En Italia, la solución es bastante similar, porque no hay recurso posible cuando se trata de *arbitrium merum* –art. 1.349.2º CC-, salvo probada mala fe del árbitro, *ad. ex.* cuando ha querido beneficiar a una parte, pero sí es posible impugnar el precio en el caso de *arbitrium boni viri*.

<sup>156</sup> El vigente Código Civil español no prevé nada sobre la posible impugnación de la decisión del árbitro por la parte que no se muestra conforme, cuestión que tampoco encuentra respuesta en la doctrina, dadas las discrepancias existentes. Por su parte, GARCÍA CANTERO (“*Artículos 1.447 y 1.448 ...*”, cit., pp. 51 y 52) mantiene que no hay duda de dicha posibilidad si concurre error, dolo, violencia o si los árbitros no se ciñen a las instrucciones recibidas, mientras que PERALES VISCASILLAS (“*La formación del ...*”, cit., p. 327, nota 92) sostiene que es impugnabile a pesar de carecer de base legal para ello, si bien exige que la decisión del tercero sea manifiestamente contraria a la equidad, con una desproporción evidente o contraria a las circunstancias del caso. En opinión de FAJARDO FERNÁNDEZ (“*La compraventa ...*”, cit., p. 578), el único argumento contrario a la alternativa expuesta es el silencio del Código Civil, que contrasta con nuestros antecedentes legislativos, ya que en Las Partidas (P. 5, 5, 9) se admitía la impugnación por manifiesta iniquidad.

<sup>157</sup> Vid. los comentarios realizados por los redactores al artículo II.- 9:106 del DCFR (op. cit., p. 602), donde se indica que el propósito de dicho precepto es salvar el contrato en caso de que el tercero no pueda llevar a cabo la determinación del precio o de cualquier otra circunstancia del contrato, o rechace hacerlo, por lo que se estimó oportuno conceder a los tribunales el poder de nombrar a otra persona. Sin embargo, tal posibilidad decaerá si las partes deciden terminar su relación contractual o si la nueva designación no resulta acorde con los términos del contrato, situación equiparable a una designación *intuitu personae*.

subsidiarias para el caso de falta de concreción por los contratantes<sup>158</sup>. Para finalizar este subepígrafe, sólo nos resta por comentar que la Propuesta de Modernización del Código Civil sigue muy fielmente los Principios Unidroit y los PECL en la regulación de los factores concretos que pueden establecer las partes en aras a determinar el precio o cualquier otra circunstancia del contrato. En este punto concreto, introduce ligeras modificaciones que, según nuestro parecer, no alteran la similitud planteada, e incluso la mejoran<sup>159</sup>.

## **2. VOLUNTAD DE OBLIGARSE**

La doctrina patria<sup>160</sup>, al igual que la jurisprudencia<sup>161</sup>, considera unánimemente que la oferta ha de reflejar la intención del proponente de contratar en el caso de que recaiga aceptación, o de vincularse contractualmente con carácter definitivo, lo que responde a nuestra tradición histórica<sup>162</sup>. En este sentido, se alude habitualmente a que la oferta debe ser seria y definitiva, aunque existe un amplio elenco de expresiones que sirven para definir esta circunstancia. De esta forma, uno de los rasgos característicos de la oferta es que, una vez realizada, basta la aceptación para que el contrato se perfeccione, sin que resulte necesaria una nueva declaración del oferente<sup>163</sup>.

### **a. DECLARACIONES DE VOLUNTAD EXCLUIDAS**

En consecuencia, no podrán considerarse verdaderas ofertas, sin perjuicio de que sean completas, ciertas declaraciones de voluntad realizadas por el oferente, que la doctrina y jurisprudencia suelen reconocer sin disensiones. En primer lugar, podemos referirnos a las que se emiten con reserva, explícita o implícita, de la prestación final del consentimiento por el oferente como, por ejemplo, las cláusulas

---

<sup>158</sup> Sin embargo, tanto el artículo 6:106 de los PECL como el artículo II.- 9:106 del DCFR establecen que el precio o la circunstancia determinada por el tercero no puede ser manifiestamente irrazonable, dado que, en tal caso, se sustituirá por uno razonable, mientras que la Propuesta de Modernización alude a la falta de observancia de los criterios a los que hubiera debido atenerse. Vid. los comentarios realizados por los redactores al artículo 6:106 (op. cit., p. 453), en los que se explica que esta matización se encuentra en consonancia con lo previsto para el supuesto de la delimitación unilateral del precio u otro elemento por una de las partes, pero que la intervención judicial sólo se producirá cuando estemos ante un resultado claramente irrazonable, *ad ex.* error aritmético claro o grave error de valoración.

<sup>159</sup> Resulta interesante destacar que el artículo II.- 9:107 del DCFR prevé que “*Where the price or any other contractual term is to be determined by reference to a factor which does not exist or has ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent factor is substituted unless this would be unreasonable in the circumstances, in which case a reasonable price or other term is substituted*”, a diferencia del artículo 5.1.7 (4) de los Principios Unidroit –versiones 2004 y 2010- y del artículo 6:107 de los PECL, que se limitan a contemplar la sustitución del índice de referencia que no existe, que ha dejado de existir o que ya no resulta accesible, con independencia de que el resultado que se obtenga sea o no razonable. La Propuesta de Modernización del Código Civil también prevé un criterio subsidiario al factor equivalente que juzgamos muy apropiado al caso.

<sup>160</sup> Vid. por todos, MORENO QUESADA, “*La oferta de...*”, cit., pp. 61 a 64 y CASTAN TOBEÑAS, op. cit., p. 747.

<sup>161</sup> SSTs, Sala de lo Civil, 28 mayo 1945, 10 octubre 1980 y 30 mayo 1996.

<sup>162</sup> Esta exigencia ya fue recogida en la Ley 1ª del Título XI, Partida V, al definir la «*promission*» como el “*otorgamiento que hacen los omes unos con otros: por palabras e con entención de obligarse*” y en la Ley 2ª del Título XI, Partida V: “*pregunta e respuesta que ha menester que sea fecha en la promisión por palabras, e con entendimiento de se obligar*”.

<sup>163</sup> GONZÁLEZ GOZALO, A., “La formación del contrato”, *VVAA Tratado de Contratos*, Director BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 678.

«sin compromiso»<sup>164</sup>, «salvo confirmación» o «salvo aprobación»<sup>165</sup>, que son habituales en países de nuestro entorno cultural y que forman parte de la Unión Europea<sup>166</sup>. En segundo lugar, debemos mencionar las emitidas *iocandi causa*, aunque debemos tener presente las acertadas matizaciones planteadas tanto por la doctrina<sup>167</sup> como por la jurisprudencia -está última en el sentido de que la utilización de expresiones jocosas no debe confundirse con la existencia de un ánimo jocoso, puesto que sólo este segundo caso conduce a la inexistencia del contrato<sup>168</sup>-. En tercer lugar, hay que citar las formuladas con fines ilustrativos o informativos, como, por ejemplo, el envío de tarifas o precios corrientes<sup>169</sup>.

---

<sup>164</sup> ROVIRA MOLA, A. y PALOMAR BARÓ, A. (“Problemas de la contratación entre personas distantes”, *ADC*, T. XI, enero-marzo 1958, p. 198) señalan la diferencia entre la oferta «sin compromiso» y la *invitatio ad offerendum*. CUADRADO PÉREZ (“Oferta, aceptación, ...”, cit., pp. 81 y 82, nota 163) matiza que, dentro de la dinámica de la contratación, aunque ambas figuras no son equivalentes, en el terreno práctico entiende que no se producen grandes diferencias entre las mismas, porque la decisión final de contratar corresponde a quien emite la oferta «sin compromiso» o la invitación a ofrecer.

<sup>165</sup> PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, V. I, *Doctrina general del contrato*, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 1978, pp. 186 y 187), afirma que una oferta que no permite que alguien la convierta en la obligación ofrecida mediante la aceptación, puede resultar contradictoria, pero explica que la jurisprudencia de los países de Europa continental reconoce la existencia de tales propuestas, y lo atribuye a especiales circunstancias de índole económica. Por otro lado, MORENO QUESADA, (“La oferta de...”, cit., p.147) señala que “[...] la simple aceptación no generará un contrato en todos aquellos casos, tan frecuentes, en que se manifieste una declaración de voluntad que no implica el deseo de asumir de un modo inmediato una obligación, sino sólo la exteriorización de un estado de cosas que permitirá con posterioridad, y tras una elaboración más o menos larga, llegar a la conclusión de un acuerdo. En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo al declarar que si hecha una oferta en principio, pero sin voluntad de obligarse, la persona a quien va dirigida, creyendo que se trata de una oferta en firme, presta su aceptación, no existe contrato si el oferente no ratifica el ofrecimiento”.

<sup>166</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI (“La oferta contractual...”, cit., p. 77 y nota 30) indica que, en el Derecho italiano se habla de cláusula «*senza impegno*», en el Derecho francés «*sans engagement*», en el Derecho inglés «*without obligation*».

<sup>167</sup> Sin embargo, en opinión de ROCA SASTRE (“Función de la voluntad en la creación del negocio jurídico”, en *VVAA Estudios de Derecho Privado*, T. I, *Obligaciones y Contratos*, RDP, Madrid, 1948, pp. 12 y 13) si la oferta se realiza en términos poco claros y no se puede percibir su falta de seriedad, la ausencia de claridad no puede beneficiar a quien la haya ocasionado, en directa relación con la regla hermenéutica contenida en el artículo 1.288 del Código Civil vigente. En tal caso, habrá que determinar si el contrato se puede entender concluido, o si el que ha provocado la incertidumbre debe indemnizar por el daño originado a la otra parte. En relación con lo expuesto por dicho autor en páginas anteriores –p. 10–, en el segundo supuesto la declaración *iocandi causa* sería nula dado que por sus términos, o por las circunstancias en que se hizo, debe considerarse como hecha en broma o sin la seriedad oportuna. En la misma línea, JORDANO FRAGA, F. (*Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Studia Albortiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, pp. 184 a 194) afirma que los principios de responsabilidad y confianza impiden que quien declaró sin seriedad oponga la falta de voluntad, cuando el destinatario de la declaración no haya podido reconocer la ausencia de seriedad empleando la diligencia común, normalmente exigible en las circunstancias del caso (art. 1104 Código Civil); la oferta sería, por lo tanto, válida. En cambio, si la falta de seriedad de la declaración era reconocible utilizando la diligencia comúnmente exigible, serán aplicables los principios voluntaristas y, en consecuencia, el contrato será nulo por falta de consentimiento efectivo (*quod nullum est, nullum producit effectum*).

<sup>168</sup> Tenemos que hacer referencia a la paradigmática STS, Sala de lo Civil, 24 julio 1989, cuyo supuesto de hecho se refiere a una declaración realizada en tono humorístico en un billete de lotería y la cuestión jurídica radica en si la voluntad así emitida puede contener una verdadera intención de su autor de quedar vinculado en caso de que recaiga aceptación. El Tribunal Supremo entendió que había un auténtico vínculo contractual, ya que el consentimiento expresado en forma jocosa no vicia su existencia, ni la del objeto y la causa, cuando estos resultan claros de aquella expresión y no cabe dudar de su validez, es decir, que el consentimiento *iocandi causa* sólo revela la inexistencia del contrato cuando de él se desprenden la falta de objeto cierto que sea materia del mismo o la falta de causa de la obligación que se establezca, nada de lo cual se da en el presente caso, en el que el buen humor en la forma, como muestra de la alegría y complacencia e incluso de la duda y la esperanza sobre la buena suerte que haya de acompañar a los contratantes en el juego de la lotería, en nada empece la seriedad del contrato.

<sup>169</sup> Sin embargo, en alguna ocasión –Sala de lo Civil, 15 noviembre 1993–, el Tribunal Supremo ha calificado los presupuestos comerciales de auténticas ofertas.



También debemos hacer alusión, en cuarto lugar, a aquellas declaraciones que condicionan la celebración del contrato al cumplimiento de una determinada forma con carácter *ad substantiam*<sup>170</sup> o, en quinto lugar, a su formulación conforme a una normativa particular y a la aprobación de un órgano específico<sup>171</sup>. En general, estamos haciendo referencia a todas aquellas declaraciones que, de una forma u otra, no permiten el nacimiento del contrato, a pesar de que recaiga la aceptación del destinatario<sup>172</sup>, por cuanto someten dicha contingencia al cumplimiento de diversos requisitos<sup>173</sup>.

En último, lugar, tampoco pueden recibir la consideración de ofertas todas aquellas propuestas cuyo objetivo es iniciar un acercamiento con el propósito de valorar la posibilidad de contratar. En tal caso, nos hallaríamos en la fase de negociaciones previas o tratos preliminares, si bien, en múltiples ocasiones, no resulta fácil situar la barrera entre los tratos preliminares y la formulación de una genuina oferta contractual. A nuestro juicio, la dificultad se ve agravada por el hecho de que los tratos preliminares, y la consiguiente responsabilidad derivada de

---

<sup>170</sup> DÍEZ-PICAZO, “La formación...”, cit., p. 7 y MÉNENDEZ MATO, “La oferta...”, cit., p. 133, el cual indica que el sometimiento del consentimiento, o bien de la oferta individualmente, a una forma determinada *ad substantiam*, excluye la presencia en dicha declaración, cuando carece de la forma exigida, de la intención de contratar necesaria para representar una auténtica oferta contractual.

<sup>171</sup> Resulta de cita obligada la reiteradamente invocada STS, Sala de lo Civil, 15 junio 1994, en la que el Tribunal Supremo considera que la declaración negocial de venta discutida no constituye una auténtica oferta, por cuanto no se cumplió la normativa en materia de compraventa de acciones societarias prevista al efecto en la Ley de Sociedades Anónimas y en los propios Estatutos Sociales. En definitiva, nuestro más alto Tribunal estima que no existió la decisión formal y previa del Consejo de Administración de la entidad vendedora, preceptiva para la formulación de una verdadera oferta de venta de acciones.

<sup>172</sup> MÉNENDEZ MATO (“La oferta ...”, cit., pp. 132 a 134) enumera siete supuestos en que las declaraciones formuladas no pueden configurarse como auténticas ofertas y, en comparación con las que hemos expuesto, el citado autor señala dos grupos que no hemos mencionado. Por una parte, aquellas propuestas emitidas por quienes carecen absolutamente de capacidad para entender y querer y, por otra parte, las que se emiten por la concurrencia de un vicio de la voluntad. Por lo que se refiere a las primeras, hemos decidido no detenernos en su estudio, debido a que no estamos ante una especialidad de la oferta. De esta forma, dicha cuestión también debería analizarse respecto de la aceptación y, por tanto, deberíamos analizar la capacidad necesaria del destinatario para prestar su asentimiento a la propuesta recibida y, en última instancia, nos veríamos abocados al estudio de la capacidad contractual de las personas. Asimismo, algún autor ha distinguido entre la capacidad de consentir, es decir, la capacidad de emitir las declaraciones de voluntad unilaterales que son objeto de nuestra investigación –oferta y aceptación– y la capacidad para contratar, considerada como capacidad para asumir obligaciones [cfr. BADOSA COLL, F., “Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (Un estudio sobre el artículo 1.263 CC)”, *VVAA Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 191 y ss]. Sin embargo, la doctrina mayoritaria estima que no existe tal diferencia e identifica ambas capacidades (por todos, DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos ...”, cit., p. 183). Creemos oportuno recordar las reflexiones de FALCÓN, M. (*Código Civil Español, ilustrado con notas, referencias, concordancias, motivos y comentarios*, T. IV, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1888, pp. 106 a 109) sobre la identidad de la capacidad para obligarse con el consentimiento, entendiéndolo que se trata del mismo requisito. Por último, también debemos recordar la evolución sufrida con relación a la restricción de la limitación de la capacidad prevista para dos clases de sujetos en el artículo 1.263 del actual Código Civil y, en especial, respecto de los menores no emancipados.

<sup>173</sup> En este punto, debemos recordar que tanto nuestro Código Civil actual, como el resto de los continentales y los antecedentes de la Propuesta de Modernización, defienden como principio inexcusable la autonomía privada de las partes, por lo que la libertad contractual de la que goza el oferente ampara que incluya requisitos adicionales y los eleve a la categoría de esenciales. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria de nuestro país defienden dicha posibilidad sin ningún género de duda (DÍEZ-PICAZO, “La formación ...”, cit., p. 10 y STS, Sala de lo Civil, 17 noviembre 1986). Sin perjuicio de lo anterior, la Propuesta de Modernización del Código Civil consagra dicha posibilidad en un artículo al que ya hemos hecho referencia con anterioridad, en concreto, en el segundo párrafo del artículo 1.242, precepto que extiende dicha opción a ambos contratantes y, además, no restringe su manifestación a las dos declaraciones integrantes del consentimiento contractual, sino que se puede plantear en cualquier momento antes de alcanzar el acuerdo.

los mismos, no son objeto de regulación legal especial en muchos ordenamientos jurídicos occidentales<sup>174</sup>, como sucede con el Código Civil español vigente<sup>175</sup>. Esta circunstancia motivó que la doctrina y la jurisprudencia dedicaran sus esfuerzos a la caracterización de tal fase, si bien en fechas recientes en comparación con la labor realizada en países de nuestro entorno<sup>176</sup>. Desafortunadamente, la suma de dichas aportaciones ha conducido a que reine un confusionismo que impide el establecimiento de criterios claros en la materia<sup>177</sup>, e incluso a la convivencia de opiniones y pronunciamientos contradictorios.

## **b. DIFERENCIACIÓN ENTRE TRATOS PRELIMINARES Y OFERTA**

De hecho, la primera cuestión a dilucidar es la necesidad de diferenciar entre las negociaciones previas y la oferta, por cuanto esta segunda parece integrarse dentro de los referidos tratos previos, al menos desde una perspectiva cronológica. Tradicionalmente, la doctrina<sup>178</sup> y la jurisprudencia<sup>179</sup> han reconocido la existencia de tres fases en la vida contractual: preparación o generación, perfección y consumación o ejecución, si bien empieza a aceptarse que pueden reducirse a dos<sup>180</sup>.

---

<sup>174</sup> MEDINA ALCOZ, M. (“La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, *RDP*, mayo-junio 2005, p. 83) asevera que el “El Código civil español, a diferencia de lo que hacen otros códigos, no regula tal responsabilidad originada durante el *iter contractus*. Este cuerpo legal continuó la línea iniciada por los jurisconsultos franceses, que no mostraron interés por las cuestiones relativas a la fase preparatoria del contrato y que, por ello, no la incluyeron en su Código”. Completa la descripción de la situación, VALÉS DUQUE, P. (“La responsabilidad precontractual”, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, separata del Anuario 2005, pp. 12 y 13), quien estima que los tratos preliminares son unos perfectos desconocidos para el Derecho español y concluye que esa situación es fruto de las ideas individualistas presentes en el siglo XIX, es decir, en la época de la Codificación. Además, extiende dicha situación a los Códigos civiles de la época, como el francés de 1804 y el italiano de 1865.

<sup>175</sup> GARCÍA RUBIO (*La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 39 y 40) mantiene que “La fecha en que aparece el CC español explica que, en la materia que nos ocupa, este cuerpo legal carezca de un precepto en el que, con carácter general, se sancione la responsabilidad derivada de las actuaciones que preceden a la celebración de un contrato. Sin embargo, de forma semejante a lo que ocurre en otros CC decimonónicos, el español contiene algunos preceptos concretos en los que existen huellas de tal responsabilidad. En este sentido, al margen de la proyección precontractual que sin duda poseen las consecuencias jurídicas de los vicios del consentimiento, se ha destacado desde antiguo la obligación de resarcimiento que compete al vendedor de un objeto imposible o ilícito cuando el comprador lo es de buena fe”.

<sup>176</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, pp. 243 y 244, y “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, *VVAA Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 141, y GARCÍA RUBIO, “*La responsabilidad ...*”, cit., p. 78.

<sup>177</sup> Como muestra de la situación descrita, destaca la falta de anuencia en la propia denominación. En este sentido, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. [“Lealtad en el periodo precontractual (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos), *ADC*, T. 63, F. 2, 2010, pp. 577 y 578, nota 3] comenta que la expresión más usual es la de “tratos preliminares” pero él utiliza la expresión “negociaciones”, porque la considera “más académica y más acomodada al lenguaje actual”; opción adoptada por la Propuesta de Modernización del Código Civil. Por otro lado, ASÚA GONZÁLEZ (“*La culpa ...*”, cit., p. 243, nota 776) observa que “Al igual que en otros países se habla indistintamente de responsabilidad por *culpa in contrahendo* o de responsabilidad precontractual”. Incluso en ocasiones pueden encontrarse referencias sólo a la *culpa in contrahendo* llevando esta expresión ya implícita la idea de responsabilidad”. Además, MEDINA ALCOZ, citando, a su vez, a ASÚA GONZÁLEZ (“*La culpa ...*”, cit., p. 99) nos aclara que “No debe olvidarse que, aunque la doctrina emplea con frecuencia la expresión acuñada por el maestro alemán de responsabilidad por *culpa in contrahendo*, con ella «no se quiere aludir a un criterio de imputación de responsabilidad (falta de nivel de diligencia exigible), sino al incumplimiento de determinados deberes en la fase precontractual»”.

<sup>178</sup> CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pp. 733 a 737 y DE CUEVILLAS MATOZZI, “*La oferta contractual ...*”, cit., pp. 60 y 61.

<sup>179</sup> SSTs, Sala de lo Civil, 28 febrero 1996, 19 octubre 1993, 22 diciembre 1992 y 24 junio 1991.

<sup>180</sup> DÍEZ-PICAZO, “*Fundamentos ...*”, cit., p. 331.

De este modo, el momento de perfección no se calificaría como una fase, sino, más bien, como la línea que separa las dos grandes etapas realmente existentes, la precontractual y la contractual.

No obstante lo anterior, se defiende una concepción bipartita o tripartita, se concibe, por regla general, una única fase precontractual, que finaliza con la perfección del contrato al que se dirigen las negociaciones realizadas durante dicha etapa, o bien con la ruptura de tales negociaciones<sup>181</sup>. Sin embargo, la amplitud de la fase precontractual abre varios interrogantes, por cuanto puede englobar figuras de muy diversa índole, entre las que se encuentra, obviamente, la oferta.

Es más, el acercamiento de las partes mediante los tratos preliminares puede comenzar con una oferta en sentido técnico-jurídico, o con una mera aproximación inquisitiva de la actitud para contratar. Además, el destinatario puede limitarse a rechazar de plano la oferta, pero también puede adoptar una actitud activa y formular una contraoferta<sup>182</sup>. Por otro lado, durante la negociación, las partes podrán lograr el consenso sobre determinados puntos y seguir negociando los restantes, lo que, en la práctica, supondrá que habrá momentos en que será necesario ponderar si estamos ante un verdadero contrato, o ante un acuerdo parcial integrado dentro de los tratos preliminares<sup>183</sup>.

Sin perjuicio de que conforme a la exposición precedente, la oferta se incardine temporalmente en la fase precontractual, la doctrina mayoritaria entiende que existen marcadas diferencias entre los tratos preliminares y la oferta, dado que, atendiendo a su respectiva finalidad, la oferta se encamina directamente a la conclusión del contrato, mientras que los tratos preliminares tienden a facilitar que se pueda concretar una oferta<sup>184</sup>. Asimismo, también se apuntan otros criterios que abundan en las disparidades entre ambas figuras<sup>185</sup>. Por su parte, en la

---

<sup>181</sup> Sin embargo, MORENO QUESADA (*“La oferta...”*, cit., pp. 18 y 19) mantiene que, frecuentemente, el inicio de los tratos preliminares suele producirse en el momento en que las partes establecen contacto por primera vez, siempre que no consista en la formulación de una oferta, dado que el objetivo de los futuros contratantes en esta fase se encamina a la elaboración de la oferta que, una vez aceptada, constituirá el contrato. Asimismo, el citado autor también plantea que esta etapa puede comenzar en un momento posterior al primer encuentro de las partes, cuando habiéndose recibido una oferta de contrato no se contestó aceptándola en bloque o formulando una contraoferta.

<sup>182</sup> Por su parte, COCA PAYERAS (op. cit., p. 448) mantiene no se puede generalizar, hasta el punto de configurarla como una de las características de la oferta, que ésta sea “el canto del cisne de los tratos preliminares”. La oferta puede ser el resultado final de unos tratos preliminares entre las partes que van a contratar, o no. A tal efecto, entiende que no existen tratos preliminares cuando se contrata sobre unas condiciones generales de la contratación, dado que la oferta no es el epílogo de la libre discusión o negociación entre las partes, sino que viene determinada unilateralmente por una de ellas. Concluye que la disparidad expuesta con relación a la fase precontractual justifica la aparición, en los ordenamientos modernos, de leyes sobre condiciones generales de la contratación.

<sup>183</sup> CUADRADO PÉREZ, *“Oferta, aceptación, ...”*, cit., pp. 36 a 38.

<sup>184</sup> AZNAR GINER, E., *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato. Doctrina y Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 35 a 42.

<sup>185</sup> MARTÍNEZ GALLEGÓ (op. cit., pp. 41 a 46) y MENÉNDEZ MATO (*“La oferta ...”*, cit., pp. 88 y 89) analizan los restantes criterios que hemos apuntado. Destaca la distinción basada en los diferentes efectos de ambas figuras. En este sentido, el efecto característico de la oferta es el nacimiento de un contrato mientras que de los tratos preliminares no surge una relación jurídica, y, en algunas ocasiones, fundamentan una responsabilidad especial.

jurisprudencia existen pronunciamientos que confirman la posición doctrinal expuesta<sup>186</sup>.

Al hilo del criterio finalista que acabamos de enunciar, es objeto de debate doctrinal la determinación de si los tratos preliminares finalizan con la conclusión del contrato, o bien con la formulación de la oferta. La tendencia predominante estima que, si bien el fin inmediato de los tratos preliminares es la concreción de la oferta, éstos no se agotan con la oferta sino con la conclusión del contrato, ya que la posible contraoferta y las consiguientes discusiones de las partes también se incardinan dentro de los tratos preliminares<sup>187</sup>.

No obstante lo anterior, también existen autores que, con apoyo en la doctrina italiana, descomponen la fase precontractual en dos, e incluso tres, etapas cronológicamente sucesivas<sup>188</sup>. La primera se circunscribiría a los tratos preliminares, mientras que la segunda sería la concerniente a la formación del consentimiento contractual, por lo que comprendería las dos únicas declaraciones estrictamente necesarias para la formación de un contrato, la oferta y la aceptación<sup>189</sup>. Por su parte, la jurisprudencia tampoco nos ofrece ninguna solución para esta divergencia, dado que podemos encontrar pronunciamientos en ambos sentidos<sup>190</sup>.

Sin perjuicio del elevado carácter técnico de la discusión, consideramos que debemos reconducir el debate al análisis de la repercusión que se deriva de la adopción de una u otra postura, lo que, a nuestro juicio, constituye el segundo interrogante que debemos solventar en esta materia. En este sentido, los partidarios de extender la duración de los tratos preliminares hasta la perfección del contrato, consideran que la revocación de la oferta puede dar lugar al nacimiento de la responsabilidad precontractual. Los que abogan por localizar la terminación de los tratos preliminares en un momento anterior –concreción de la oferta–, entienden que

---

<sup>186</sup> AZNAR GINER (op. cit., pp. 37 y 38) recoge dos sentencias en las que el Tribunal Supremo marca la diferencia expuesta: SSTs, Sala de lo Civil, 10 octubre 1980 y 31 diciembre 1998.

<sup>187</sup> ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, *RCDI*, núm. 485, 1971, p. 864; CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación, ...”, cit., p. 37 y GARCÍA RUBIO, “La responsabilidad ...”, cit., p. 121

<sup>188</sup> MENÉNDEZ MATO, “La oferta ...”, cit., p. 32; GARCÍA RUBIO, “La responsabilidad ...”, cit., pp. 31 y 32 y ALONSO PÉREZ, op. cit., pp. 863 y 864 y las notas 15 y 16.

<sup>189</sup> MARTÍNEZ GALLEGU, op. cit., pp. 43 y 46. Por otro lado, ALBALADEJO GARCÍA (“Derecho ...”, cit., p. 381) mantiene una postura diferente por cuanto estima que *la culpa in contrahendo* “[...] en sentido estricto se refiere a la culpa en que se incurre desde que, acabados los tratos, hay ya una oferta, hasta que el contrato se concluye. Y digo que en sentido estricto se denomina así a ese periodo, porque en sentido amplio la expresión *culpa in contrahendo* puede servir también para englobar el periodo de los tratos”.

<sup>190</sup> GARCÍA RUBIO, “La responsabilidad ...”, cit., p. 120 y las SSTs, Sala de lo Civil, 10 octubre 1980 y 31 diciembre 1998, que, además de distinguir entre tratos preliminares y oferta, afirman que los primeros acaban con la formulación de la segunda.

el efecto propio de la oferta es la conclusión de un contrato y que no puede configurarse como un supuesto generador de responsabilidad precontractual<sup>191</sup>.

### c. PLASMACIÓN DEL REQUISITO

La Propuesta de Modernización del Código Civil, al igual que sucede con otros aspectos de la formación del contrato, acoge expresamente el requisito que estamos examinando con la expresión “*revele la voluntad del oferente de obligarse*”, por lo que se encuentra en perfecta consonancia con nuestro Derecho histórico y la posición unánime de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país<sup>192</sup>. Asimismo, también coincide con todos los textos en los que se inspira, por cuanto, sin perjuicio de las diferencias en cuanto a las locuciones empleadas, la idea que subyace a las mismas es idéntica. En resumen, el oferente debe tener la intención o voluntad de quedar vinculado por el contrato que se perfeccione en el caso de que el destinatario de la oferta manifieste su aceptación<sup>193</sup>.

De la misma forma, la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit recogen la necesidad de que concurra dicha intención para que una propuesta constituya una oferta<sup>194</sup>. Por su parte, los PECL utilizan una redacción diferente en el citado artículo 2:201 (1 a), que entendemos resulta más específica que las elegidas por sus antecesores y que la adoptada por los redactores de la Propuesta objeto de nuestra investigación, así como plenamente acorde con los términos en que hemos resumido este requisito, ya que relaciona explícitamente la intención del oferente con su vinculación por el futuro contrato. De forma similar a lo que hemos puesto de relieve en otros aspectos de la regulación de la génesis del contrato<sup>195</sup>, el artículo II.- 4:201 (1 a) del DCFR es, prácticamente, una reiteración de su homólogo de los PECL<sup>196</sup>.

---

<sup>191</sup> ALONSO PÉREZ, op. cit., p. 863 y nota 16.

<sup>192</sup> GASPAR LERA, op. cit., p. 130.

<sup>193</sup> Entendemos oportuno recordar que la voluntad de que el oferente resulte obligado por el futuro contrato es lo que unánimemente nuestra doctrina identifica con una intención seria y definitiva por parte de dicho sujeto. En este sentido, CAPILLA RONCERO (op. cit., p. 4561) manifiesta que “[...] la oferta debe ser definitiva, esto es, contener la firme voluntad del oferente de quedar vinculado en caso de recaer la aceptación” y DURANY PICH, “*Perfección ...*”, cit., p. 4840. Asimismo, este aspecto esencial de la genuina oferta contractual no conlleva como consecuencia la imposibilidad de retirar la oferta antes de la declaración del destinatario en forma de aceptación –MARTÍNEZ GALLEGO, op. cit., pp. 38 y 39-. De la misma manera, añadimos nosotros, tampoco excluye la posibilidad de revocación de dicha oferta.

<sup>194</sup> DÍEZ-PICAZO, “*Artículo 14*”, *VVAA La Compraventa...*, cit., p. 165.

<sup>195</sup> DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, “*Los principios...*”, cit., p. 178

<sup>196</sup> Por su parte, tanto el *Feasibility study* –artículo 30 versión mayo 2011 y artículo 32 versión agosto 2011- como la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea –artículo 31- siguen la línea emprendida por sus predecesores, aun cuando resulte menos precisa la expresión usada por este segundo texto, ya que alude a la celebración del contrato. Asimismo, también el *Contract Code* (McGREGOR, op. cit., pp. 39 y 40) asume la dirección expuesta, aunque, como ya avanzamos, el artículo 15 del mismo acoge una definición de oferta que se separa de todos los demás textos que utilizamos como referentes, lo que también afecta a la redacción de este requisito en concreto. Los comentarios efectuados por el autor no dejan lugar a dudas sobre la similitud con la filosofía ínsita a este requerimiento, si bien el autor alude a la promesa de obligarse si la oferta es aceptada, dado que la concepción del contrato imperante en el *Common Law* y la todavía presente necesidad de la concurrencia de la *consideration*. Por último, el Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía –artículo 13- tampoco se aparta de la exigencia de que el autor de la oferta tenga la voluntad de considerarse

Obviamente, el mero hecho de que el requisito que estamos analizando se concrete en la intención o voluntad del oferente nos sitúa en un plano puramente personal y conduce, de forma inexorable, a la calificación del mismo como el aspecto subjetivo de la oferta, frente al requisito objetivo de la concreción material del contenido de la oferta<sup>197</sup>. La esencia intrínseca de este elemento es la causa generadora de la problemática que se deriva del mismo: la prueba de la existencia de la voluntad contractual del oferente de quedar obligado por el futuro contrato<sup>198</sup>.

#### **d. PARÁMETROS PARA LA CONCRECIÓN DE ESTE REQUISITO**

Ante semejante dificultad, consideramos indudable que no se puede afrontar el examen de dicha voluntad desde una perspectiva meramente abstracta, ya que, salvo en algún supuesto ciertamente excepcional, el oferente no manifestará ni literal ni expresamente su intención de resultar obligado mediante el contrato que se perfeccionará ulteriormente en el supuesto de que el destinatario esté conforme con su propuesta. Por ello, deberemos atender a otros indicadores que ayuden a desentrañar el verdadero significado de la intención del oferente al efectuar su propuesta, lo que abre un amplio abanico de posibilidades ya que nos introducimos de lleno en el campo de la interpretación.

Ni la Propuesta de Modernización del Código Civil, ni la Convención de Viena de 1980, ni los Principios Unidroit nos facilitan directamente ningún criterio en la tarea de identificar la intención del oferente respecto a su vinculación mediante el futuro contrato<sup>199</sup>, a diferencia de los PECL y el DCFR. Estos dos instrumentos jurídicos de carácter internacional sancionan que la determinación de la voluntad de cualquiera de las partes de quedar obligado por un contrato se producirá a partir de sus declaraciones o de su conducta pero, y queremos hacer hincapié en ello, tal y como fueron entendidas razonablemente por la otra parte<sup>200</sup> –artículos 2:102 PECL y II.- 4:102 DCFR-.

La previsión de estos dos textos obedece claramente al influjo del *Common Law*, ya que concede mayor relevancia a la interpretación que efectúe el destinatario de las palabras o actos del oferente que a la verdadera intención de este último. De esta forma, optan por la protección de la apariencia de la intención del oferente frente a la voluntad real del mismo, en aras a asegurar las expectativas nacidas de

---

obligado y añade un matiz que sobreentiende en las demás previsiones reseñadas, por cuanto dicha voluntad puede expresarse implícitamente en la oferta.

<sup>197</sup> Existe casi completa unanimidad de la doctrina en calificar este requisito como el elemento subjetivo de la oferta. Sin embargo, SAN JUAN CRUCELAEGUI (op. cit., pp. 108 y 109) lo califica como el requisito volitivo, y considera que hay otros dos, el objetivo –contenido- y el subjetivo.

<sup>198</sup> MARTÍNEZ GALLEGÓ, op. cit., pp. 39 a 41 y MENÉNDEZ MATO, “La oferta ...”, cit., p. 130.

<sup>199</sup> Sin embargo, a nuestro juicio, se desprende una directa influencia de los artículos 8 de la Convención de Viena de 1980 y 4.1 de los Principios Unidroit, integrados ambos en las normas generales sobre la interpretación.

<sup>200</sup> LANDO y BEALE, op. cit., p. 197.

las palabras o actos del oferente en el destinatario, siempre y cuando aquellas fueran razonables. Además, evitan la búsqueda de la voluntad interna del oferente que, al tener que inferirse de factores externos y diversos, conduce lógicamente a la determinación de una voluntad hipotética o presunta.

#### **e. INTERPRETACIÓN: CORRIENTES OBJETIVA Y SUBJETIVA**

Aun cuando se puedan apreciar diferencias, los países del *Common Law* se integran dentro de la tendencia objetiva en el ámbito interpretativo. De esta manera, orientan dicha labor hacia la voluntad formal de las partes, por cuanto esta se desprende de lo expresado por aquellas y se renuncia a indagar la intención real de las partes<sup>201</sup>. Parten de la premisa de que llegar a detectar la intención subjetiva de las partes es prácticamente imposible, por lo que el juez debe guiarse en esta tarea por el significado común o usual de las palabras<sup>202</sup>. Ello no excluye que la significación pueda referirse a una parcela más específica y, por tanto, estar dotada de un carácter más técnico o especial, aunque únicamente cuando venga avalado por el contexto o las circunstancias externas.

En el fondo, late la preferencia por la seguridad jurídica, que redundaría en la protección del tráfico, dado que demuestra respeto a la voluntad de las partes mediante su reconocimiento a través de las declaraciones de éstas frente a la labor del juez de perseguir dicha voluntad a través del recurso a criterios que, por muy racionales u objetivos que se presenten, siempre serán ajenos a lo que realmente acordaron las partes<sup>203</sup>. Sin embargo, se observa recientemente una evolución trascendental del canon hermenéutico, sobre todo en el Derecho inglés, que desplaza la trascendencia, casi sacramental, de las palabras escritas hacia una

---

<sup>201</sup> Los tribunales del *Common Law* se muestran muy reacios a separarse de la palabra escrita y sólo admiten elementos ajenos a la misma en circunstancias muy determinadas. Vid., *ad. ex.*, en USA los § 213 y siguientes del *Restatement Second of the Law of the Contracts*.

<sup>202</sup> ZIMMERMANN, R. (*The Law of Obligations (Roman Foundations of the Civilian Tradition)*), Oxford University Press, 1990, pp. 621 a 626) explica que, en el Derecho romano antiguo, la interpretación de los contratos se caracterizaba por un marcado carácter formalista u objetivista, al igual que en el *Common Law*, por cuanto la importancia descansaba en las palabras que, sobre todo, se pronunciaban, las cuales tenían un significado previamente fijados e inalterables, mientras que la intención real de las partes no tenía valor alguno. En el Derecho Romano clásico, la interpretación se había flexibilizado mediante una combinación de elementos formales –declaraciones– y sustanciales –intención–. En la jurisprudencia postclásica se detecta la preferencia bizantina por la intención –*animus*– valorada conforme a criterios objetivos de racionalidad cristianos. En el periodo bizantino se enfatiza el problema de la prueba de la voluntad real, de forma que la voluntad no expresada de las partes sólo puede prevalecer si es objetivamente determinable. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 82.

<sup>203</sup> SÁNCHEZ LORENZO, S. (“La interpretación del contrato”, *VVAA Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters y Sixto Sánchez Lorenzo, Navarra, 2009, p. 464) señala que la prevalencia de la labor interpretativa mediante cánones de seguridad jurídica y no de justicia material es la principal causa de que el Derecho inglés sea la opción predilecta en la contratación internacional y puede llegar a explicar las reticencias frente a textos armonizadores, como el DCFR, que han optado por soluciones más abiertas y, en consecuencia, inseguras.

posición más cercana a la de los antecesores de la Propuesta de Modernización del Código Civil, así como del DCFR<sup>204</sup>.

Aun cuando el cambio aludido se asienta en varios principios, podemos sintetizarlos en la traslación de la interpretación desde el sentido de lo expresado por el proferente hasta la acepción ordinaria que le conferiría una persona razonable en el contexto del acuerdo, la relación jurídica y todos los factores relevantes que rodean la transacción, en la medida en que resultan conocidos por las partes<sup>205</sup>. Con anterioridad se venían valorando el contexto y los antecedentes para conferirle el significado adecuado a las palabras del oferente, pero actualmente se amplía el sentido de tal contexto. De esta manera, se revela no sólo útil para determinar el posible significado de un término ambiguo, sino que ampara la posibilidad de que el oferente haya utilizado expresiones erróneas, mientras que, con anterioridad, prevalecía la presunción contraria.

Por otro lado, los países del *Civil Law* se incardinan en la corriente subjetivista de la exégesis de la común voluntad de los contratantes<sup>206</sup>, si bien con marcadas diferencias entre los sistemas romanistas y los germanistas. Además, debemos valorar que los elementos de corrección de las dos grandes concepciones mencionadas también las acercan, aun cuando sigan manteniéndose diferencias notables. En resumen, el paradigma subjetivista busca obtener la intención real de las partes, criterio que, *a priori*, parece mostrarse más respetuoso con la autonomía de las partes y, en especial, con la voluntad del oferente, que el canon objetivista. Sin embargo, la dificultad de esta labor conduce a la utilización de premisas y criterios objetivados que puede conllevar un alejamiento de dicha voluntad, al distanciarse de lo expresado por las partes y acercarse al diseño de una intención factible análoga a la que ostentaría un individuo sensato y ecuánime en un entorno similar<sup>207</sup>.

En consecuencia, los sistemas romanistas se han inclinado por recoger en sus códigos pautas de interpretación con ansia generalista a fin de evidenciar cierta uniformidad jurídica en la difícil tarea de identificar la voluntad real de los contratantes, que conducirían a la consecución de un resultado racional y, por tanto,

---

<sup>204</sup> El principio esencial es la *parole evidente rule*, regla procesal que rechaza cualquier prueba -no únicamente oral- que contradiga, varíe, amplíe o modifique un contrato escrito, si bien en la práctica no ha funcionado de forma totalmente rígida (SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., p. 449 y notas 11 y 12).

<sup>205</sup> El punto de partida es el célebre asunto *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Brownwich Building Society*, resuelto por la *House of Lords* en 1998, en los que Lord Hoffmann expone los cinco extensos principios interpretativos que contienen el cambio al que aludimos -<http://www.parliament.uk>-. Posteriormente, en el precedente posterior de la *House of Lords* de 2001 - *BCCI v. Ali*- se sintetizan tales principios -<http://www.publications.parliament.uk>-.

<sup>206</sup> Artículos 1.156 Código Civil francés, 1.362 Código Civil italiano, 1.281 a 1.282 Código Civil español, 18 Código de Obligaciones suizo, 238 Código Civil portugués, 431 Código Civil ruso, § 133 BGB y § 914 ABGB.

<sup>207</sup> A nuestro juicio, en la diferencia entre los países del *Common Law* y *Civil Law* se puede reconocer la histórica polémica entre la teoría de la declaración y la teoría de la voluntad.



a garantizar la seguridad jurídica, lo que propicia la mencionada aproximación al *Common Law*<sup>208</sup>. Por su parte, los sistemas germanistas no establecen normas previas, sino que confieren al juez un papel muy activo, con un amplio margen para inferir la voluntad de los contratantes adaptada a las necesidades del caso concreto. A tal efecto, sólo debe recurrir a elementos de racionalidad obtenidos a través de cláusulas generales –singularmente, la buena fe- y su objetivo final se localiza en lograr un escenario donde impere la justicia contractual, basada en la equidad, justicia material, equilibrio sinalagmático y, por supuesto, la buena fe<sup>209</sup>.

En contraposición, los códigos decimonónicos que continúan el modelo francés limitan la actuación creativa de los jueces en la exégesis de la voluntad común de los contratantes, mediante la sujeción de dicha labor a cánones de interpretación concretos y, por tanto, la limitación del uso de cláusulas generales. Sin embargo, además de los principios técnicos introducidos en los códigos romanistas –*favor negotii*, naturaleza y objeto del contrato<sup>210</sup>, interpretación sistemática<sup>211</sup>, *contra proferentem*, *favor debitoris*,...etc.-, podemos reconocer la presencia de criterios interpretativos mucho más flexibles, como los usos o costumbres<sup>212</sup>, y no podemos olvidar que, para integrar las lagunas del contrato, se debe acudir a parámetros más abiertos, como la buena fe y la equidad, según la naturaleza de cada contrato<sup>213</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, si volvemos la mirada hacia el terreno práctico, detectamos un mayor paralelismo del resultado final entre los métodos seguidos por los países de la órbita romanista y los del *Common Law*. Los primeros acaban por orientar la interpretación hacia la búsqueda de una voluntad hipotética inferida mediante la aplicación de estándares de racionalidad objetiva y, por tanto, en la concreción del sentido de los términos empleados que, presumiblemente, le atribuiría un sujeto de condición semejante a las partes y en circunstancias similares.

---

<sup>208</sup> Artículos 1.156 a 1.164 Código Civil francés, belga y luxemburgués, 1.362 a 1.371 Código Civil italiano y 1.281 a 1.289 Código Civil español.

<sup>209</sup> LANDO y BEALE (op. cit., pp. 419 a 421) explican que el parágrafo 157 BGB, junto a otras disposiciones de dicho código (§ 122, 142 y 119) atestiguan el talante objetivista del Derecho contractual alemán. La formulación de un principio general con ausencia de reglas interpretativas especiales también preside, por influencia del anterior, los ordenamientos austriacos (§ 914 y 1915 ABGB), griego (arts. 173 y 200) y portugués (arts. 236 a 238). Otros sistemas –holandés y países nórdicos- parten de los postulados presentes en el modelo romano-germánico, pero han establecido los diferentes criterios interpretativos del contrato mediante la creación jurisprudencial.

<sup>210</sup> Artículos 1.158 Código Civil francés, 1.369 Código civil italiano, 1.286 Código Civil español y 431 Código Civil ruso.

<sup>211</sup> El artículo 1.285 del Código Civil español establece que “*Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*”. En la misma dirección, los artículos 1.161 Código Civil francés, 1.363 Código Civil italiano y 431 Código Civil ruso.

<sup>212</sup> Artículos 1.159 y 1.160 Código Civil francés, 1.369 Código Civil italiano, 1.287 Código Civil español y 431 Código Civil ruso.

<sup>213</sup> Para una mayor profundización de las relaciones entre todos los principios señalados en los sistemas romanistas, vid. SERRANO FERNÁNDEZ, M., *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 249 a 272.

Como ya expusimos, en los países del *Common Law*, cuyo máximo exponente es el Derecho inglés, el respeto escrupuloso a las expresiones y locuciones efectuadas por las partes se encamina hacia el mismo desenlace. No obstante lo anterior, el empleo de cánones tan flexibles como la buena fe o la equidad puede desembocar en que el intérprete fuerce los términos pactados en aras de la justicia del contrato –con mayor incidencia en el ámbito germánico–, lo que, evidentemente, aleja ambas corrientes<sup>214</sup>.

#### **f. PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN VS. ANTECEDENTES**

Sin perjuicio de que los PECL y el DCFR nos proporcionan un parámetro específico para reconstruir la voluntad de las partes, y que éste denota una marcada influencia de la corriente objetivista, también hemos de acudir a las pautas hermenéuticas relativas a la interpretación de los contratos, como criterios auxiliares en la detección de la voluntad del autor de la oferta para quedar obligado por el contrato que se perfeccione con la aceptación del destinatario<sup>215</sup>. En concordancia con lo anterior, también muestran una clara evolución hacia la interpretación objetiva, aunque partan de premisas propias de la exégesis subjetiva<sup>216</sup>. De esta manera, el punto de partida es la búsqueda de la intención de las partes, pero, en su defecto, debemos acudir al sentido que, normalmente, le atribuiría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias<sup>217</sup>.

El origen último del cambio preconizado por estos instrumentos con relación al requisito que estamos analizando puede obedecer a la renovada trascendencia alcanzada por el principio de la bona fides, así como a la importancia que se ha venido concediendo a la conducta de las partes, frente a sus declaraciones verbales o escritas. En este sentido, hemos de poner de relieve la postura adoptada por los

---

<sup>214</sup> SÁNCHEZ LORENZO (op. cit., p. 453) cree que las diferencias entre los sistemas romanistas y los germanistas están más bien referidas a los principios y que, en la aplicación práctica, los resultados no varían en la medida en que se ha ido imponiendo una concepción del contrato cooperativa –más social si se quiere–, enmarcada en un contexto económico general y en usos comerciales que explican la preferencia por soluciones de racionalidad objetiva. Con relación a esa concepción novedosa y al reconocimiento adquirido por nuevos principios, cfr. ESTEBAN DE LA ROSA, G., “El principio de cooperación en la contratación”, *VVAA Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters y Sixto Sánchez Lorenzo, Navarra, 2009, pp. 405 a 441.

<sup>215</sup> GASPAR LERA (op. cit., pp. 131 y 132) considera que la solución que acoge la Convención de Viena de 1980, al igual que los textos armonizadores del Derecho contractual europeo, es la tesis en cuya virtud la intención debe ser entendida con arreglo a un criterio objetivo, en el sentido de valorar si la oferta ha podido suscitar o no la legítima confianza en el destinatario de que su aceptación bastará para concluir el contrato. Sin embargo, puntualiza que dichos textos revisten la particularidad “[...] de que en ellos no es preciso recurrir a las reglas de interpretación de la voluntad de las partes de un contrato ya perfecto, pues introducen específicamente el referido criterio objetivo en sede de formación del contrato, respecto de las declaraciones que se formulan en esta fase”.

<sup>216</sup> LARA AGUADO, A., “La oferta y la aceptación contractuales”, *VVAA Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters y Sixto Sánchez Lorenzo, Navarra, 2009, p. 43.

<sup>217</sup> Con relación a los PECL, podemos citar los artículos 1:106 (Interpretación e integración), 1:201 (Buena fe contractual), 1:202 (Deber de colaboración), 1:302 (Definición de lo razonable) y, sobre interpretación, 5:101, 5:102 y 5:106.

PECL y el DCFR<sup>218</sup>, que pueden invocarse para afirmar la existencia de un contrato sin que pueda detectarse voluntad contractual, siempre que la interpretación de las declaraciones o de la conducta del oferente pudiera inducir razonablemente al destinatario a suponer dicha intención<sup>219</sup>.

Por su parte, la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit también asumen principios característicos de la interpretación objetiva, pero en menor medida que los dos instrumentos citados<sup>220</sup>. De esta manera, no valoramos que conduzcan a sostener taxativamente que no resulte preciso que el oferente tenga intención de quedar obligado para entender perfeccionado un contrato, en función de que sus declaraciones o su conducta hubieran podido inducir razonablemente al destinatario a creer que sí existía dicha intención.

Con carácter excepcional frente a los demás textos internacionales, la Convención internacional citada recoge las normas de interpretación en las disposiciones generales –arts. 7 a 9–, sin establecer normas específicas para la exégesis de los contratos. De esta forma, la plasmación del *principio de la buena fe* quedó relegada al artículo 7, decisión que provocó la discusión sobre si se le debe asignar un papel de mero criterio interpretativo o, por el contrario, puede ampliarse su reconocimiento como paradigma que preside la actuación de las partes a lo largo

---

<sup>218</sup> LANDO y BEALE (op. cit., p. 186) en los comentarios al artículo 2:102 de los PECL manifiestan que el hecho de que la parte tenga o no la voluntad de quedar jurídicamente vinculada por el contrato no será relevante, siempre que la otra parte tuviera razones para inferir de las declaraciones o de cualquier otra conducta que sí tenía intención de obligarse.

<sup>219</sup> MALO VALENZUELA, M. A. (“Tempestividad y congruencia de la aceptación de la oferta en el Derecho español y en el Derecho Uniforme”, *RCDI*, núm. 608, 2006, pp. 2276 y 2277) manifiesta que “[...] la desvalorización del poder de la voluntad de los particulares obedece a que, hasta cierto punto, el contrato ya no surge de un consenso o de una intención común (art. 1108 *Code Civil*) fijados por los propios contratantes, sino que son las propias leyes (o, por designación de ellas, el juez: art. 2.2 *Schw. Obl.*) quienes, sobre una mínima base o punto de tangencia, deciden unir las voluntades, «hallando» o detectando en las mismas la existencia del acuerdo. A tal punto el contrato se impone legalmente a las partes, que será la parte que quiera evitar su existencia quien tendrá la carga de expresarse explícitamente, rechazando que éste pueda nacer si no se alcanza acuerdo sobre un determinado punto (art. 2:103 «Principios» Lando y art. 2.1.13 «Principios» Unidroit)”.

A nuestro juicio, los preceptos mencionados revisten una importancia capital, ya que encierran la posibilidad de que un contrato no se entienda perfeccionado hasta que se alcance un acuerdo sobre una cuestión concreta, siempre que las partes, o una de ellas, así lo hayan expuesto. Hay que matizar que los Principios Unidroit son más exigentes en este punto, y, por tanto, favorecen aún más la celebración del contrato, ya que utilizan el verbo “insistir”, por lo que, según los comentarios realizados por los redactores sobre el artículo citado (op. cit., p. 56) “[...] no basta con que una de las partes manifieste su intención a dicho efecto mediante una simple mención, sino que es necesario que dicha intención sea inequívoca”. Además, los Principios Unidroit extienden el supuesto al hecho de que se condicione la perfección del contrato a la adopción de una forma en particular. En la misma línea, DE CUEVILLAS MATOZZI, “*La oferta contractual...*”, cit., pp. 79 y 91.

La redacción de los PECL difiere de la de los Principios Unidroit y, además, se formula en sentido negativo, pero ya expusimos que los primeros apoyan la existencia de un vínculo contractual derivado de la interpretación razonable de las declaraciones o conducta del oferente en tal sentido. Esta es la razón que nos empuja a entender que el oferente deberá demostrar expresamente su intención de no concluir el contrato hasta que no recaiga el acuerdo sobre un determinado punto, que él considera esencial. El DCFR –art. II.- 4:103 (2)- se incardina en la línea propuesta por los PECL. A diferencia de los instrumentos internacionales citados, no existe un precepto similar en la Convención de Viena de 1980.

Por su parte, señalamos anteriormente que la Propuesta de Modernización del Código Civil también se hace eco de dicha previsión, en el artículo 1.242, segundo párrafo, en el Capítulo I-dedicado a las disposiciones generales- y no en el Capítulo II, relativo a la formación del contrato.

<sup>220</sup> DÍEZ-PICAZO, “*Artículo 14*”, *VVAA La Compraventa ...*, pp. 165 y 166.

de todo el *iter* contractual, incluida la fase de formación<sup>221</sup>. Por su parte, el artículo 8 de la Convención de Viena de 1980 parte de la interpretación subjetiva, ya que prima la interpretación de las declaraciones y actos de una parte conforme a su intención, pero se mitiga dicha prioridad porque la condiciona a que sea conocida, o al menos, no ignorada por la otra parte<sup>222</sup>.

El mismo cambio de actitud se puede predicar de los Principios Unidroit<sup>223</sup>. El artículo 4.1 sienta la prioridad de la intención común de las partes como criterio interpretativo del significado de los elementos del contrato, pero, al igual que en la Convención de Viena de 1980, si dicha intención no puede identificarse, se debe acudir al significado que habría dado una persona razonable de la misma condición que las partes y colocada en circunstancias similares<sup>224</sup>. Además, el artículo 4.2 prevé las mismas reglas para la interpretación de las declaraciones y otros actos unilaterales<sup>225</sup> y, como se deduce del mero contraste de ambos artículos, se corresponde casi literalmente con el artículo 8 de la Convención de Viena de 1980<sup>226</sup>.

Nuestro país pertenece al ámbito de los sistemas del *Civil Law* y, por tanto, prima la búsqueda de la voluntad interna o real del oferente<sup>227</sup>; sin embargo, la

---

<sup>221</sup> CALVO CARAVACA, “Artículo 7”, VVAA *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director y Coordinador DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998, pp. 103 a 113 y SAN JUAN CRUCELAEGUI, op. cit., pp. 64 a 67 y 73 a 76.

<sup>222</sup> La preferencia por la interpretación objetiva se confirma en los siguientes párrafos del precepto, ya que se establece el recurso al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. Finalmente, se recogen una serie de criterios objetivos para concretar tanto la intención de una parte como el sentido que asignaría una persona razonable: negociaciones; prácticas entre las partes; usos; y comportamiento ulterior de las partes.

<sup>223</sup> Sin embargo, los comentarios del artículo 2.1.2 –versiones 2004 y 2010- se remiten el aspecto objetivo de la oferta para interpretar si ésta refleja la intención del oferente de contratar, lo que resulta totalmente lógico, porque cuanto más completa y precisa sea una oferta, mayores serán las probabilidades de que el oferente tenga intención de contratar. Además, también se valora, a tales efectos, que se concreten los destinatarios: “[...] Dado que dicha intención raramente es declarada en forma expresa, frecuentemente debe inferirse de las circunstancias del caso concreto. La manera en que el proponente presente su propuesta (v.gr. definiéndola expresamente como “oferta” o simplemente como una “declaración de voluntad”, proporciona una primera, aunque no definitiva, indicación de una posible intención. El contenido y la determinación de los destinatarios de la propuesta revisten mayor importancia. En términos generales, se podría decir que cuanto más detallada y precisa sea la propuesta, más probable resulta que constituya una oferta. Si la propuesta es dirigida a una o más personas concretas, es más probable que sea considerada una oferta que si dicha propuesta es dirigida al público en general”.

<sup>224</sup> En este punto, debemos resaltar la importancia de los comentarios al artículo 4.1 (op. cit., p. 123), porque reflejan claramente la evolución hacia criterios objetivos de interpretación: “La importancia de este principio no debe sobrestimarse en la práctica porque, en primer lugar, es muy poco probable que las partes en los negocios mercantiles utilicen un lenguaje totalmente diferente a su significado y, segundo, aún en este supuesto, sería muy difícil de probar al surgir una controversia cuál ha sido el significado preciso que se alegue como intención común y de hecho compartida por la otra parte al momento de celebrarse el contrato”.

<sup>225</sup> Vid. los comentarios al artículo 4.2 (op. cit., p. 125), en los que se indica que “El principal campo de aplicación de este artículo (...) fundamentalmente se encuentra en la práctica en el proceso de formación de los contratos. En esta etapa, las partes hacen declaraciones y se comprometen a llevar a cabo actos cuyo significado preciso debe establecerse para poder determinar si un contrato ha sido definitivamente perfeccionado”.

<sup>226</sup> Por último, el artículo 4.3 plasma las circunstancias relevantes que se deben tomar en consideración para determinar la intención común de las partes, o sólo de una parte, y el significado que habría dado una persona razonable a los elementos del contrato o, en su caso, a las declaraciones y actos unilaterales de la otra parte. A los recogidos en el citado artículo 8 del texto vienés, se añaden dos: el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial y la naturaleza y finalidad del contrato, dado que, mientras la Convención de Viena de 1980 se refiere exclusivamente a la compraventa de mercaderías, los Principios Unidroit se refieren a todo tipo de contrato.

<sup>227</sup> No obstante, no es unánime la posición de la doctrina. GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., pp. 64 a 66) sostiene que el aspecto positivo de la intención del oferente sólo puede ser entendido en forma objetiva, en el sentido de valorar si la oferta ha podido generar una legítima confianza en el destinatario de que su contestación conduciría a la conclusión del contrato.

doctrina admite excepciones basadas en la protección de la confianza de destinatario<sup>228</sup>. De este modo, regirían los principios de la interpretación objetiva cuando el receptor de la oferta hubiera aceptado tácitamente o, al menos, hubiera llevado a cabo los actos preparatorios del cumplimiento de su prestación<sup>229</sup>. Además, debemos recordar la vigencia en nuestro ordenamiento del *principio de la buena fe*, que justificaría la protección del destinatario en función de los actos y la conducta del oferente<sup>230</sup>, así como la posible invocación de los principios de responsabilidad negocial y confianza en la apariencia<sup>231</sup>.

Asimismo, y a falta de preceptos específicos, debemos traer a colación el artículo 1.282 del vigente Código Civil, que señala que debe atenderse a los actos coetáneos y posteriores al contrato para juzgar la intención de los contratantes. Afortunadamente, la jurisprudencia amplió dicho principio a los actos anteriores<sup>232</sup>, criterios que, como plasman todos los textos en los que se inspira la Propuesta de Modernización del Código Civil, resultan perfectamente aplicables para tratar de dilucidar la intención del oferente<sup>233</sup>.

Por lo que se refiere a la Propuesta de Modernización del Código Civil, hemos de poner de relieve que supera la clásica postura sostenida por la doctrina y la jurisprudencia actual, al contemplar expresamente que el consentimiento se pueda expresar mediante manifestaciones expresas o por actos concluyentes<sup>234</sup>, por lo que resultará de aplicación tanto a la oferta como a la aceptación. No obstante dicha previsión, no creemos que comparta la visión recogida por los PECL y el DCFR, que

---

<sup>228</sup> LARA AGUADO, op. cit., p. 45.

<sup>229</sup> DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos ...*), cit., pp. 352 y 353) confirma que, en nuestro Derecho, y a falta de otras reglas, hay que aplicar las que rigen la interpretación de los contratos ya formados. Asimismo, observa que los resultados serán distintos si la existencia de la intención de quedar obligado en una propuesta se analiza mediante criterios subjetivos –o según voluntad– o si se interpreta de acuerdo con el sentido objetivo con que puede ser recibida por los destinatarios. Destaca que el Convenio de Viena introduce normas de carácter objetivo, como es la aplicación de los usos particulares entre los declarantes y la regla de la buena fe, pero que, por regla general, “[...] Sólo debemos inclinarnos en favor de la interpretación objetiva si el destinatario de la declaración de oferta al interpretarla ha modificado razonablemente su propia situación jurídica o económica”.

<sup>230</sup> GASPAR LERA (op. cit., p. 132) razona que no resulta admisible que el oferente pueda eludir sus obligaciones nacidas del contrato acreditando que internamente no quiso obligarse con cimiento en el artículo 1.258 del vigente Código Civil, en cuya virtud las partes no sólo se obligan a lo que resulte de sus pactos, sino a lo que exija la buena fe. La citada autora estima que dicho precepto apoyaría la existencia de vinculación contractual a partir de una conducta significativa cuyo valor como consentimiento no puede ser negado sin faltar a la buena fe. Por su parte, CARRASCO PERERA (op. cit., pp. 145 y 146) se sirve del artículo 1.288 del vigente Código Civil para apoyar la interpretación objetiva de la intención del proponente. El citado autor entiende que si el legislador determina que la oscuridad de los términos de un contrato debe interpretarse siempre en contra del que originó dicha oscuridad, la lógica subyacente debe conducir a afirmar la existencia de un contrato según lo exteriorizado por el declarante cuando la discrepancia entre lo manifestado y lo querido le es imputable.

<sup>231</sup> Según la STS, Sala de lo Civil, 8 marzo 1995, “[...] la voluntad interna de un contratante no tendrá efectos si, por su declaración o manifestación, el otro, según los usos y buena fe, entendió cosa distinta a aquélla”. En la doctrina, debemos citar a DE CASTRO -op. cit., p. 122- y a JORDANO BAREA -op. cit., pp. 190 a 193-.

<sup>232</sup> SSTs, Sala de lo Civil, 19 diciembre 1990, 18 noviembre 1991 y 20 mayo 1996, destacando esta última por cuanto establece que “[...] no puede considerarse contraria a derecho la aplicación por analogía de las reglas de la hermenéutica contractual a otros actos jurídicos, previos o posteriores al contrato mismo, en cuanto que estas reglas debe aplicarse a todo el tracto contractual, incluidos los actos preparatorios y, también, los actos de ejecución o cumplimiento”.

<sup>233</sup> CUADRADO PÉREZ, *“Oferta, aceptación, ...”*, cit., p. 82.

<sup>234</sup> Vid. artículo 1.239, nº 2 de la Propuesta de Modernización del Código Civil.

permiten inferir la voluntad contractual mediante una interpretación objetiva de las declaraciones o la conducta del oferente<sup>235</sup>.

De esta forma, en principio, la Propuesta de Modernización se sitúa en línea con la posición adoptada por la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit, por cuanto, para la interpretación de los contratos, combina criterios pertenecientes a la interpretación subjetiva y a la objetiva, si bien confiere preferencia, al menos formal, a la primera<sup>236</sup>. Sin embargo, la previsión reseñada en el párrafo anterior la sitúa en una posición intermedia que, en nuestra opinión, se acompasa acertadamente al ritmo de la transformación de la realidad, a la que debe ajustarse el Derecho. La otra novedad de las normas de interpretación es que, entre los criterios que marca para la exégesis de los contratos -art. 1.279-, se reconoce, en primer lugar, la importancia de los actos anteriores a la conclusión del contrato<sup>237</sup> y, en quinto lugar, las exigencias derivadas de la buena fe.

La combinación de todo lo expuesto acerca a la Propuesta de Modernización del Código Civil hacia una postura más objetiva, en aras de proteger las expectativas que las declaraciones o la conducta del oferente hayan generado en el destinatario, lo que, a nuestro juicio, supone un completo acierto. Sin embargo, si bien se podría invocar, a título de responsabilidad precontractual, la indemnización de los posibles daños y perjuicios que se le hubieran irrogado al destinatario sin demasiadas

---

<sup>235</sup> Ello no es óbice para que, como nos recuerda GONZÁLEZ GOZALO (*"La formación ..."*, cit., p. 678), recordemos que es jurisprudencia asentada que, como manifestación de la teoría voluntarista, en caso de divergencia entre la voluntad declarada y la voluntad real, debe primar esta última pero teniendo en cuenta dos matizaciones. La primera radica en que se presume que la voluntad real coincide con la declarada, por lo que, según se desprende del artículo 1.281 del Código Civil, quien alegue la divergencia debe probarla. La segunda consiste en que si el destinatario ha confiado en la voluntad declarada y dicha confianza le es imputable al declarante, por haber actuado con dolo (reserva mental) o con culpa (bien porque la declaración se ha formulado en términos que objetivamente se prestan a equívocos, bien porque, en atención a las circunstancias conocidas o conocibles por el destinatario, el declarante debía haber extremado las cautelas para evitar ser malinterpretado), ha de atenderse a la voluntad declarada y no a la real.

<sup>236</sup> El artículo 1.278 de la Propuesta señala como criterio prioritario la intención común de las partes, que prevalecerá incluso sobre el sentido literal de las palabras, y, subsidiariamente, introduce un criterio completamente novedoso, en perfecta coordinación con sus antecesores y con el DCFR, ya que debemos recurrir al sentido objetivo que personas de similar condición que los contratantes le hubieran dado en las mismas circunstancias.

<sup>237</sup> La relevancia de las negociaciones preliminares como criterio interpretativo de los contratos, o, en general, de la voluntad y/o de las declaraciones de las partes, se recoge en todos los textos en se inspira la Propuesta de Modernización del Código Civil. El artículo 8, 3) de la Convención de Viena de 1980 la señala como una de las circunstancias pertinentes para determinar la intención de las partes o el sentido que le habría dado una persona razonable. En la misma línea, el artículo 4.3 de los Principios Unidroit establece, como una de las circunstancias relevantes para determinar la intención de las partes y para la interpretación de declaraciones y otros actos unilaterales, las negociaciones previas de las partes. Asimismo, el Art. 5:102 de los PECL se refiere a las circunstancias relevantes para interpretar el contrato y recoge, en primer lugar, las circunstancias de su conclusión, incluidos los tratos preliminares. Por su parte, el Art. II-8:102 del DCFR reproduce literalmente, en el aspecto que nos interesa, el artículo de los PECL que acabamos de citar. En nuestro país, la conexión de las negociaciones preliminares con la interpretación de los contratos actualmente se encuentra reconocida a nivel jurisprudencial. Una muestra reciente es la STS, Sala de lo Civil, 2 noviembre 2010, en la que, para averiguar la voluntad real del proponente, el Tribunal Supremo recurre al canon hermenéutico basado en el comportamiento de las partes con anterioridad al contrato.

dificultades, no creemos que pudiese conducir a presumir la voluntad contractual del oferente tan fácilmente<sup>238</sup>.

### **g. INVITATIO AD OFFERENDUM**

Con carácter general, la doctrina española mantiene que se trata de una figura distinta de la oferta dirigida al público y, de hecho, su delimitación se configura con carácter negativo en relación con la oferta contractual. Nos estamos refiriendo a aquellas propuestas contractuales que, por carecer de alguno de los requisitos que hemos analizado con anterioridad en este Capítulo, no alcanzan a configurarse como verdaderas ofertas y, por tanto, nos sitúan en las negociaciones previas dirigidas a la formación de un contrato<sup>239</sup>.

Como ya expusimos al tratar de delimitar las diferencias entre la oferta y los tratos preliminares, en la práctica surgen numerosas ocasiones donde no resulta nada fácil distinguir si se ha formulado una verdadera oferta, o si las partes continúan inmersas en tales tratos<sup>240</sup>. Es más, quien formula una propuesta de este tipo pretende iniciar negociaciones dirigidas a la conclusión de un contrato, por cuanto el objetivo perseguido es provocar que los destinatarios presenten ofertas. En esta tesitura las posiciones de las partes se invierten, de forma que el oferente pasa a ocupar el lugar del aceptante, ya que se limita a esperar la recepción de ofertas para valorarlas y decidir si las acepta o no. Sin embargo, ello no obsta para que deba adecuar su comportamiento a los deberes inherentes al principio de la buena fe, cuya influencia se deja sentir en todas las fases de la formación del contrato.

---

<sup>238</sup> Sin embargo, GASPAR LERA (op. cit., pp. 132 y 133) afirma que, actualmente, el hecho de que el proponente tenga realmente o no la intención de obligarse mediante el futuro contrato no será relevante, siempre que destinatario de la propuesta tuviera razones para inferir de las declaraciones o de cualquier conducta de aquél que en efecto tenía dicha intención. La citada autora invoca el artículo 1.258 del vigente Código Civil como fundamento de la generación de un contrato con base en una conducta significativa que, de acuerdo a la buena fe, debe calificarse como consentimiento. Ello supone fundar los contratos, exclusivamente, sobre el principio de confianza, de modo que lo fundamental no es lo que el declarante haya pensado, sino lo que el destinatario haya entendido. Por consiguiente, cuando el destinatario de la oferta no hubiera advertido o no hubiera podido advertir que el significado subjetivo de ésta era diferente de su significado objetivo, el enunciado debe ser interpretado de acuerdo con el sentido que le otorgue una persona razonable en igual situación y bajo las mismas circunstancias.

<sup>239</sup> FERRARI, F. ("La formación del contrato", VVAA *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Coordinador GALGANO, F., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000) se acerca a esta figura comenzando por indicar que es distinta de la propuesta contractual y de la oferta al público, y la define, en palabras de GALGANO, como la declaración que no contiene todos los elementos esenciales del contrato a concluir. Asimismo, señala que la distinción entre esas figuras es relevante porque, mientras en los casos de la oferta y de la propuesta dirigida al público, la aceptación provoca el nacimiento de un contrato, con la *invitatio ad offerendum* no surge ni siquiera un *power of acceptance* (SCHLESINGER).

<sup>240</sup> GONZÁLEZ GOZALO ("*La formación ...*", cit., pp. 680 y 681) afirma que, fuera de los casos en que tenemos reglas legales que nos ayudan a determinar si una propuesta a persona indeterminada es una oferta o una invitación a ofrecer (art. 14 Convención de Viena de y art. 9 LOCM), para averiguarlo habrá que interpretar la voluntad del proponente. A tales efectos, propone la aplicación analógica de los cánones hermenéuticos previstos en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil. Otros instrumentos que nos sugiere para ayudarnos a decantarnos ante esta disyuntiva son la naturaleza del contrato, con especial atención a su posible carácter *intuitu personae*, los usos y los principios de la buena fe, la autorresponsabilidad y la protección de la confianza legítima.

Son clásicos los ejemplos que se proponen por la doctrina para ilustrar la complejidad que supone acotar los rasgos esenciales de ambas figuras. En algunos casos, se trata de supuestos que, gracias al impulso legislativo y a la irrupción del fenómeno denominado *soft law*, se han decantado por una opción acorde con el desenvolvimiento económico, sociológico y técnico. Nos referimos a la exposición de artículos, junto a su precio, en el escaparate de una tienda o a la exhibición de la carta de platos y precios a la entrada de un restaurante<sup>241</sup>.

De acuerdo a los artículos 9, n° 1 y 56, n° 1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, y a dos de los instrumentos internacionales de los que nos servimos para el contraste con la Propuesta de Modernización del Código Civil – PECL y DCFR–, nos hallaríamos ante genuinas ofertas contractuales, aunque estén dirigidas al público o, según la terminología empleada por la Convención de Viena de 1980 y la Propuesta citada, se encaminen a personas indeterminadas. En contraposición, estos dos últimos textos no las consideran verdaderas propuestas contractuales por la imprecisión de sus destinatarios<sup>242</sup>.

En otros casos, la doctrina muestra suficiente uniformidad para integrarlos en una de las dos categorías señaladas. El paradigma se concreta en la propuesta remitida al público para la conclusión de un contrato en el que las características del eventual aceptante son determinantes<sup>243</sup>. En este supuesto, el autor de la propuesta debe poder examinar las diferentes respuestas, a fin de comprobar si las cualidades de los posibles contratantes son adecuadas. El desenlace inevitable, como reconoce

---

<sup>241</sup> Otros ejemplos los encontramos en los supuestos de máquinas expendedoras automáticas y las ventas *self-service*. Una vez más, no existe un marco unitario. Por lo que se refiere a las ventas *self-service*, en Francia e Italia se considera que estamos ante una oferta dirigida al público, mientras que se valora como una mera invitación a presentar ofertas en Inglaterra y Alemania (FERRARI, op. cit., p. 143). En cuanto a las máquinas expendedoras, la doctrina italiana entiende que estamos ante una oferta al público –GALGANO–. A nuestro juicio, en ambos casos, la solución más lógica es considerar que se trata de propuestas contractuales dirigidas a la colectividad. Por otra parte, la doctrina, tanto nacional como europea, ha discutido acerca del momento en que se perfecciona el contrato, y plantean diversas alternativas. En la hipótesis de máquinas automáticas, creemos que la opción más lógica es considerar que la aceptación se produce cuando el eventual aceptante introduce el dinero y, por tanto, estaríamos ante un supuesto de aceptación mediante la ejecución. CANO TELLO, C.A., [“Las máquinas como instrumento de contratación (reflexiones a vuelo de pluma sobre una nueva forma de contratación en masa)”, *RGD*, junio 1993, p. 5686] matiza que nos hallamos ante una compraventa real, porque el vendedor entrega directamente la cosa y el comprador el importe del precio. Asimismo, al igual que el citado autor –cfr. op. cit., p. 5688–, opinamos que no es preciso acudir a la teoría de las «relaciones contractuales de hecho» o «conducta social típica» para explicar este supuesto –DÍAZ AMBRONA BARDAJÍ, M<sup>a</sup>. D., “El silencio en la teoría del negocio jurídico (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990)”, *AC*, 1991-3, p. 675–, que, por otro lado, ha sido abandonada por los propios civilistas alemanes. Con relación a las ventas *self-service*, el momento de conclusión del contrato debe localizarse en el instante en que el cliente paga el precio del producto seleccionado en la caja (CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación, ...”, cit., pp. 159 a 163).

<sup>242</sup> En algunos países pertenecientes a la tradición del *Civil Law*, la exposición de mercancías en escaparates se considera oferta siempre que se indique el precio, como en Francia o en Suiza –Código de las Obligaciones suizo, art. 7, n° 3–, a diferencia del Derecho italiano y alemán, donde la exposición sólo constituye invitación a proponer o hacer ofertas. Además, esta última opción es también la preferida por los países del *Common Law* y los ex socialistas, aunque merece destacarse el supuesto de la ley yugoslava sobre las obligaciones –art. 34–, por cuanto acoge la solución francesa y suiza (FERRARI, op. cit., p. 143).

<sup>243</sup> MENÉNDEZ MATO (“La oferta ...”, cit., p. 181) las denomina ofertas *intuitu personae*.



la mayoría de los autores, es la calificación de dicha propuesta como una invitación para realizar ofertas<sup>244</sup>.

Asimismo, debemos contar con un factor añadido a la confusión conceptual expuesta. La doctrina discute acerca del papel de la publicidad dentro del proceso de la formación del contrato en estrecha relación con la diferenciación referida entre ofertas al público e *invitatio ad offerendum*. Por su propia esencia, en la inmensa generalidad de los casos la publicidad se dirige a la colectividad y, por tanto, a destinatarios indeterminados. Según diversos autores, la única conclusión a la que se puede aspirar en este tema es considerar que dependerá de cada caso concreto. De esta forma, y en función del contenido concreto del mensaje publicitario, podrá configurarse como una auténtica oferta, cuya aceptación devendría en la perfección de un contrato, o como una invitación a negociar o a realizar ofertas, es decir, como un acto propio de los tratos preliminares<sup>245</sup>.

Una de las prácticas publicitarias completamente asentada desde hace tiempo, y que ha cobrado renovado auge con la acusada penetración de las nuevas tecnologías de comunicación, es el *mailing*. Consiste en el envío masivo, por cualquier medio, de comunicaciones publicitarias que se dirigen a destinatarios determinados. A pesar de dicha circunstancia, la mayoría de la doctrina considera que no puede entenderse que estemos ante una verdadera oferta, sino ante un fenómeno publicitario. La razón estriba en que los propios destinatarios pueden fácilmente deducir que la oferta se ha realizado a un amplio colectivo y no exclusivamente a ellos<sup>246</sup>, es decir, aparecen serias dudas respecto a la determinación de los destinatarios mediante dicha práctica.

Asimismo, hemos de tener presente la consideración de la publicidad como elemento heterointegrador del contenido del contrato, aspecto sobre el que volveremos a incidir cuando abordemos la problemática referida a las ofertas al público. La selección de dicha disyuntiva obedeció a la iniciativa de la jurisprudencia, que culminó el legislador al instituir dicha posibilidad como mecanismo de protección de los consumidores y usuarios, inicialmente en el artículo 8, nº 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

---

<sup>244</sup> CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación, ...”, cit., pp. 157 a 159. A efectos de ilustrar la dificultad de la diferenciación de la oferta al público y de la *invitatio ad offerendum*, el citado autor también comparte que se consideren invitaciones para proponer ofertas las propuestas dirigidas al público en las que las características del contratante sean especialmente relevantes, dado que “[...] No sería coherente con el carácter fiduciario de la relación que se pretende constituir, vincular al declarante por su inicial manifestación; debe concedérsele la posibilidad, *a posteriori*, de decidir con quién establecer ese vínculo contractual en el que la confianza desempeña un papel especialmente destacado”.

<sup>245</sup> Díez-PICAZO, “¿Una nueva doctrina general del contrato?, ADC, T. XLVI, F. IV, 1993, pp. 1711 y 1712 y “Fundamentos ...”, cit., pp. 405 y 406.

<sup>246</sup> LARA AGUADO (op. cit., p. 54) comenta que también es un tema discutido en el Derecho contractual comparado, por cuanto los destinatarios de la propuesta están determinados a través de su nombre y apellidos; sin embargo, mayoritariamente se concluye que la finalidad del emisor es dar a conocer un producto e inducir al destinatario a que realice propuestas para contratar, salvo que conste expresamente la voluntad de quedar vinculado.

y, posteriormente, en los artículos 61 y 116 del Texto Refundido de la citada ley y otras complementarias<sup>247</sup>.

Este reconocimiento legislativo puso fin al debate sobre si la publicidad integra o no el contenido contractual, ya que, por mandato legal, dicha publicidad forma parte del contrato, salvo que, como excepcionan los preceptos señalados, las cláusulas del contrato sean más beneficiosas para el consumidor o usuario<sup>248</sup>. La consecuencia es que la publicidad vincula en todo caso al anunciante, ya se contenga en una oferta al público, ya en una *invitatio ad offerendum*, diferenciándose ambos supuestos en los efectos que se derivan de los mismos. Si resulta suficiente la aceptación del futuro contratante para la conclusión del contrato, estaríamos ante una oferta al público. En cambio, cuando se requiera la prestación del consentimiento por el anunciante, convertido así en aceptante de la oferta formulada por un eventual aceptante, nos hallaríamos ante una invitación a formular ofertas.

La conclusión que se puede extraer, al igual que hacen ciertos autores, es que la consagración legal del principio de integración publicitaria del contrato provoca que se diluya la distinción entre la oferta al público y la *invitatio ad offerendum*, al menos en el plano material<sup>249</sup>. La única singularidad evidente de la invitación a presentar ofertas es que el proponente no queda vinculado en modo alguno, por cuanto sólo debe valorar las ofertas recibidas y decidir si acepta alguna. Sin embargo, la publicidad ha venido a alterar esa peculiaridad, ya que todo mensaje promocional tiene eficacia obligatoria para el anunciante, con independencia de que dicho mensaje sea una genuina oferta de contrato o una mera *invitatio ad offerendum* y siempre que, con posterioridad, se perfeccione el contrato<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> CABALLERO LOZANO, J. M.<sup>a</sup> (“Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia”, AC, núm. 1, 1996, p. 301) señala que los pronunciamientos del Tribunal Supremo tras la entrada en vigor del artículo 8 de la LGDCU continuaron manteniendo los mismos argumentos utilizados con anterioridad a dicha norma y que el único cambio apreciable fue la mención del citado precepto. Vid. STS, Sala de lo Civil, 8 noviembre 1996, 15 febrero y 24 diciembre 1994, 11 mayo, 21 julio y 15 noviembre 1993 y 7 noviembre 1988.

<sup>248</sup> MENÉNDEZ MATO, “La oferta ...”, cit., pp. 94 a 96.

<sup>249</sup> CUADRADO (“Oferta, aceptación, ...”, cit., pp. 168 y 169) señala que la diferencia entre ambas figuras se esfuma porque el anuncio publicitario vincula al anunciante, en cuanto al contenido del posterior contrato que se concluya, ya se califique como oferta al público o como *invitatio ad offerendum*.

<sup>250</sup> MIRANDA SERRANO, L. M.<sup>a</sup>. [“La oferta pública de contrato: entre la solución vienesa y el criterio tradicional español (A propósito del art. 1246 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos)”, RDPatr, núm. 27, 2011, pp. 84 y 85 y “Acerca de si procede o no importar al sistema español no uniforme la noción de oferta de contrato de la Convención de Viena sobre Compraventas Internacionales”, *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrua*, Directores JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 131) considera que, en especial, los artículos 61 y 116 del TRLGDCU diluyen la distinción entre oferta al público e invitación a ofrecer, porque, con independencia de que el anuncio publicitario sea más o menos preciso e incluya o no todos los elementos necesarios de una oferta en sentido técnico-jurídico, vinculará al emisor del mismo. De este modo, aunque podemos defender la diferencia entre la oferta al público y la invitación a proponer ofertas desde una perspectiva funcional, sin embargo, el empresario o profesional que se sirva de la publicidad quedará obligado contractualmente por los contenidos publicitarios una vez que se perfeccione el contrato, por lo que no existe ninguna diferenciación en el ámbito material. En la misma línea, SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V., *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid, 2006, p. 81. La constatación de esta realidad, en

### 3. DIRIGIDA A UNA O VARIAS PERSONAS DETERMINADAS

De acuerdo con los dos párrafos del artículo 1.246 de la Propuesta de Modernización del Código Civil, para que una propuesta contractual pueda llegar a calificarse como oferta en sentido técnico-jurídico, también resulta necesario que esté dirigida a una o varias personas determinadas. En caso contrario, la citada Propuesta establece, con carácter de presunción *iuris tantum*, que deberá considerarse como una simple invitación a presentar ofertas, salvo que el proponente exprese lo contrario. Por lo tanto, *a priori*, la Propuesta excluye las ofertas públicas de la consideración de propuesta contractual, aunque estamos ante una regla presuntiva que puede destruirse. De esta forma, si la proposición reúne los requisitos que hemos examinado en los anteriores apartados y su autor expresa claramente que se trata de una oferta, estaremos ante una propuesta contractual dirigida a una o varias personas indeterminadas, esto es, ante una oferta efectuada al público<sup>251</sup>.

Nos enfrentamos a una cuestión trascendental porque son diametralmente opuestas las consecuencias jurídicas predicables cuando valoramos una propuesta como una oferta a aquellas que dimanen de su configuración como una mera invitación a presentar ofertas. En el primer caso, el proponente se encontrará vinculado con quien acepte la misma –siempre y cuando la aceptación reúna los requisitos oportunos–, mientras que, en el supuesto de la *invitatio ad offerendum*, el autor de la misma quedará libre para aceptar o no las ofertas que reciba a raíz de dicha invitación. Creemos que es sencillo colegir la relevancia práctica de esta distinción, por cuanto, desde hace tiempo, resulta habitual que los empresarios y profesionales utilicen la publicidad no sólo como un medio para dar a conocer sus productos y servicios, sino para lanzar ofertas, ya sea al público ya sea a grupos más restringidos, aunque sin concreción de los destinatarios.

Queremos insistir en la importancia del extremo ante el que nos hallamos, porque la Propuesta de Modernización objeto de esta investigación adopta una

---

unión de otros argumentos que se relacionan con la cuestión que estamos examinando, conduce a FONT GALÁN, J.I., (“Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales publicitarias”, *RDP*, núm. 8, 2010, p. 71) a proponer su aportación doctrinal sobre la sustantivación jurídica obligacional y la integración contractual del contenido negocial de las ofertas comerciales promocionales y publicitarias a los consumidores y usuarios. En resumen, el citado autor entiende que el contenido de los mensajes publicitarios emitidos por el empresario para promover la contratación de los bienes o servicios que ofrece, en función del mandato recogido en el artículo 61 del TRLGDCU, se sustantiva obligacionalmente con la naturaleza de la oferta o promesa al público, como justificación dogmática del reconocimiento legal de su exigibilidad por los consumidores y usuarios en el proceso de formación del contrato y, por tanto, de su integración contractual. En suma, el contenido informativo de la oferta o promesa comercial, de corte promocional o publicitario, se convierte *ope legis* en oferta o promesa al público.

<sup>251</sup> En los comentarios que realiza al artículo 14.2 de la Convención de Viena de 1980, SAN JUAN CRUCELAEGUI (op. cit., p. 109) estima que la exigencia de la determinación del destinatario también se entiende cumplida cuando éste resulte determinable.

postura que, desafortunadamente, se separa de la opinión dominante en nuestra doctrina, jurisprudencia y en ciertos textos legales, así como de la posición asumida en otros dos de los textos en los que se inspira -los Principios Unidroit y los PECL- y en el DCFR<sup>252</sup>. De esta manera, la Propuesta se reduce a imitar el posicionamiento de la Convención de Viena de 1980<sup>253</sup>, hasta el punto de que resulta patente que el artículo 1.246 de la Propuesta es prácticamente idéntico a su homólogo en el texto vienés, aun cuando, a nuestro juicio, y en opinión de otros autores, no existan razones de peso que apoyen semejante cambio de criterio<sup>254</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia imperantes en nuestro país se inclinan por considerar que no resulta preciso que en la oferta se concreten *ab initio* los receptores de la misma. De esta manera, se admite que el oferente dirija su propuesta al público en general, o a un grupo de personas indeterminadas, sin que por ello desmerezca su consideración como verdadera oferta contractual<sup>255</sup>. Se considera que los destinatarios se concretarán en el momento en que contesten aceptando la oferta, ya sea de la forma que resulte adecuada según la oferta ya sea en función del medio a través del que se ha efectuado<sup>256</sup>. La indefinición de los destinatarios hasta el instante indicado no es óbice para la calificación de la propuesta como oferta y su

---

<sup>252</sup> DÍEZ-PICAZO, “Artículo 14, VVAA La Compraventa ...”, cit., pp. 169 y 170 y SAN JUAN CRUCELAEGUI, op. cit., pp. 109 y 110.

<sup>253</sup> El artículo 14 de la Convención de Viena de 1980 se inspira en su antecedente directo, el artículo 4 de la LUF, si bien, mientras en la Convención de Viena de 1980 se admite la existencia de ofertas al público si el proponente lo indica expresamente, en la LUF no se contenía dicha previsión: “1. La comunicación que una persona dirija a una o más personas determinadas con el objeto de celebrar un contrato de venta, no constituirá una oferta a menos que esté suficientemente definida para permitir la celebración del contrato por medio de aceptación, e indique la intención del oferente de quedar obligado. 2. Esta comunicación puede ser interpretada refiriéndola o complementándola con las negociaciones preliminares, con las prácticas que las partes hayan establecido entre sí, con los usos y con cualquier disposición legal aplicable a los contratos de venta”.

<sup>254</sup> MIRANDA SERRANO (“Acerca de si ...”, cit., pp. 113 a 116) expone su adhesión a la solución doctrinal que postula un sector de la comunidad jurídica en defensa de la aplicación extensiva a nuestro Derecho interno de las reglas sobre la formación del contrato de la Convención de Viena de 1980. Como ya hemos apuntado, el citado autor confirma que dicha postura deriva del contraste entre la escasa atención que nuestros Códigos Civil y de Comercio dedican a dicho tema y la detallada regulación que la citada Convención realiza del proceso de formación del contrato, a la que se suele reconocer una notable calidad técnica, resultado de una cuidada labor de síntesis e hibridación entre las concepciones continental y anglosajona del contrato. Ahora bien, este autor entiende que enjuiciar favorablemente dicha solución con carácter general, a fin de considerar la Convención mencionada como un auxilio necesario para afrontar con cierta solvencia y garantía la problemática que se anuda a la formación del contrato, no implica entender que los preceptos que dicha Convención dedica a esta materia han de funcionar prácticamente como *lege data* en nuestro Derecho, opinión que compartimos por completo. En este último caso, corremos el riesgo de que alguna de las soluciones por las que opta el texto vienés no se concilie con la orientación apreciable en nuestro Derecho, con la interpretación que realice nuestra comunidad jurídica y con la forma en que acontecen las cosas en el moderno tráfico comercial. En opinión del autor al que nos referimos, esto es lo que acontece con la oferta a personas indeterminadas, cuya solución no se acomoda excesivamente bien con la interpretación que nuestra dogmática jurídica clásica viene dando a este tema, ni con la orientación de política legislativa que parece seguir nuestro Derecho. Sin embargo, la doctrina partidaria de la aplicación extensiva de la Convención referida apoya la importación de tal regla a nuestro Derecho y, como acabamos de exponer, desafortunadamente es acogida por la Propuesta de Modernización del Código Civil –artículo 1.246-.

<sup>255</sup> Por el contrario, PUIG PEÑA (op. cit., pp. 286 y ss. y “Declaración de voluntad”, NEJ, T. VI, Seix, Barcelona, p. 467) sostiene que no caben ofertas dirigidas a un público indeterminado, salvo la promesa pública de recompensa o la oferta en pública subasta, en cuanto que no son declaraciones recepticias y, consecuentemente, sólo pueden considerarse invitaciones a hacer ofertas.

<sup>256</sup> ARRIALLAGA, op. cit., p. 12; MORENO QUESADA, “La oferta al público y su eficacia jurídica”, *RDM*, 1956, p. 47 y ss, FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., “Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia”, *RJC*, 1986, p. 10.

carácter recepticio se hace derivar de la utilización de medios de comunicación que resulten oportunos para que dicha oferta sea conocida por el público<sup>257</sup>.

Por lo que se refiere a los restantes antecedentes del artículo 1.246 de la Propuesta de Modernización del Código Civil, los Principios Unidroit se distancian de la misma y de la Convención de Viena de 1980, y dan muestras de una gran flexibilidad, debido a que, al igual que no detallan qué elementos son necesarios para la configuración de una oferta contractual, omiten la exigencia de la determinación de los destinatarios. Únicamente encontramos una mención en los comentarios a dicha circunstancia, en la que se indica que la concreción de los destinatarios se valora positivamente como un factor que puede conducir a calificar una propuesta como oferta contractual<sup>258</sup>.

Entendemos que la posición anterior es compartida por los PECL, si bien la superan porque, acertadamente, afrontan el tema de manera directa, cuando establecen, en el artículo 2:201 que “*La oferta puede dirigirse a una o a varias personas determinadas o al público*”<sup>259</sup>. Asimismo, se distancia de la Propuesta de Modernización y de los dos textos internacionales ya citados en otro aspecto, ya que aborda los supuestos de propuestas realizadas mediante anuncios, catálogos o exposición de mercancías en las que conste un precio determinado, para considerarlas ofertas al público y con una duración determinada: hasta que se agoten las mercancías almacenadas o la capacidad del profesional de prestar el servicio<sup>260</sup>. A nuestro juicio, se debe valorar muy oportuna la mención de estas dos opciones, a fin de zanjar las diferentes opiniones doctrinales existentes y, además, consideramos totalmente pertinente la postura adoptada por los PECL, debido a que en ellas se ponderan de forma adecuada los intereses en juego.

Por último, el DCFR [*Draft Common Frame of Reference*] se coloca en la misma línea que los PECL, de tal manera que reconoce expresamente que la oferta se puede dirigir a personas determinadas o al público y, además, califica como verdaderas ofertas las propuestas de suministro de mercancías y de prestación de servicios realizadas mediante anuncios, catálogos o exhibición de productos. No obstante la

---

<sup>257</sup> CUADRADO PEREZ, “Oferta, aceptación, ...”, cit., pp. 82 y 83 y MENÉNDEZ MATO, “La oferta ...”, cit., pp. 56 a 58.

<sup>258</sup> PERALES VISCASILLAS, “Formación, VVAA Comentario...”, cit., p. 114 y DE CUEVILLAS MATOZZI, “La oferta contractual...”, cit., pp. 82 y 83.

<sup>259</sup> LANDO y BEALE, op. cit., p. 221. Los comentarios realizados al precepto confirman la idea expuesta y aclaran que las propuestas dirigidas al público pueden adoptar múltiples formas y, entre ellas, se incluye la propaganda, carteles, circulares, escaparates o suscripciones, aunque la lista es meramente ejemplificativa. Asimismo, se puntualiza que las propuestas que se hacen en general, pero en las que importa la persona del aceptante, se consideran invitaciones a hacer una oferta, como también suele hacerlo la doctrina española.

<sup>260</sup> LANDO y BEALE, op. cit., pp. 222 y 223. Se introduce de nuevo el criterio de la razonabilidad para determinar las mercancías que debe tener almacenadas y la capacidad de prestar el servicio. Otro dato que se destaca es que estamos ante una presunción que puede ser desvirtuada por el proponente, es decir, éste puede indicar una intención diferente o así deducirse de las circunstancias.

cercanía referida, a diferencia de los PECL, establece claramente el carácter presuntivo de la afirmación anterior, cuando matiza que ello será así salvo que las circunstancias indiquen otra cosa<sup>261</sup>. Este último matiz logra, en nuestra opinión, que la posición del DCFR se pueda calificar como la más adecuada para una futura configuración de la oferta.

#### **a. DETERMINACIÓN DE LOS DESTINATARIOS**

Tradicionalmente, el requisito de que el ofrecimiento se dirija a una o varias personas determinadas se relaciona estrechamente con el carácter recepticio que se atribuye a las declaraciones unilaterales que se efectúan en el proceso de formación del contrato y, en especial, a la oferta y a la aceptación<sup>262</sup>. Sin embargo, estimamos que ese punto de partida es el origen de paradojas conceptuales innecesarias y que resulta preciso reconducir el verdadero alcance de tal afirmación<sup>263</sup>. La naturaleza recepticia de la oferta debe limitarse al plano de la eficacia de dicha manifestación, de modo que, como resulta generalmente admitido, para que la oferta goce de eficacia jurídica debe llegar a o ser recibida por su destinatario y, en función del criterio que se adopte, conocida por éste<sup>264</sup>.

Creemos que resulta intrínseco a la propia esencia de la oferta que ésta alcance a su destinatario y, en su caso, que éste conozca su contenido, por cuanto la finalidad esencial de la misma es -tal y como hemos razonado en el epígrafe dedicado a la noción de la oferta- concluir un contrato en caso de que recaiga la aceptación. Es más, devendrían completamente estériles todas las reflexiones y

---

<sup>261</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, op. cit., p. 119.

<sup>262</sup> La doctrina ha deducido el carácter recepticio de la oferta y de la aceptación del artículo 1.262 del Código Civil vigente, tanto del concepto de consentimiento recogido en el primer párrafo, como, sobre todo, de la concepción acerca del momento de celebración de los contratos entre ausentes, que se prevé en el siguiente párrafo. En esta línea, MORENO QUESADA, “*La oferta de...*”, cit., pp. 72 a 74 y MENÉNDEZ MATO, “*La oferta ...*”, cit., pp. 52 a 55.

<sup>263</sup> En este sentido, la doctrina –por todos, Díez-Picazo, “*Fundamentos ...*”, cit., p. 351- reconoce que los problemas que suscitan las declaraciones recepticias los ha abordado al tratar de resolver la problemática derivada de la fijación del momento de la perfección del contrato y, por tanto, en relación con la aceptación. Al efecto, se han formulado cuatro teorías: la de la *emisión* considera que la celebración del contrato se produce cuando la aceptación es emitida; la de la *expedición* considera que la vinculación surge desde que el aceptante se desprende de su declaración; la de la *recepción* sitúa la perfección de los contratos en la llegada de la aceptación al círculo de intereses del oferente; y, por último, la de la *cognición o conocimiento*, retrasa dicho momento hasta que la aceptación es conocida por el oferente (LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., pp. 1140 y 1141 –La Ley-). Todas ellas han sido objeto de críticas, aunque actualmente parece gozar de un mayor predicamento la *teoría de la recepción*, dado que se argumenta que aúna con mayores dosis de equilibrio los intereses del oferente y del aceptante (Díez-Picazo y Gullón, op. cit., pp. 67 y 68).

<sup>264</sup> CASTÁN TOBEÑAS (op. cit., p. 751) afirma que, en relación con el carácter recepticio de las declaraciones emitidas en la fase de formación del contrato, el criterio que hoy unánimemente se adopta es el de la recepción, el cual había sido ya absolutamente mayoritario en la doctrina española, por entender que es el que encaja mejor con los principios de la buena fe, de la autorresponsabilidad y de la confianza, y el que mejor y más adecuadamente pondera todos los intereses que se encuentran en juego. En la misma línea, ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 160), aunque estos autores, así como el siguiente, emitieron sus opiniones con anterioridad a la reforma del artículo 1.262 del vigente Código Civil mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Sin embargo, otros autores sostienen la primacía del criterio de la cognición, como MORENO QUESADA (“*La oferta de...*”, cit., p. 155) y RAMELLA (op. cit., p. 181).

consideraciones efectuadas con relación a los dos requisitos anteriores –completitud e intención de obligarse- si no mantuviésemos el aserto indicado.

No obstante, debemos distinguir entre la idiosincrasia recepticia de la oferta<sup>265</sup>, circunscrita a los términos que acabamos de señalar, y la exigencia de que el destinatario o destinatarios de la misma se concreten en la misma. El impedimento para un correcto entendimiento de la materia que nos ocupa surge porque, con frecuencia, se hace derivar la necesidad de identificar al receptor –o receptores- en la propuesta contractual inicial de la naturaleza recepticia de la misma. La Propuesta de Modernización del Código Civil, los diversos textos armonizadores en que ésta se inspira, así como la doctrina<sup>266</sup> y la jurisprudencia<sup>267</sup> comparten la certidumbre de la esencia recepticia de la oferta<sup>268</sup>, si bien se dividen las opiniones en cuanto a la necesidad de la delimitación de los destinatarios en el momento de su emisión o la admisión de la posibilidad de su concreción en un momento ulterior.

#### **b. NATURALEZA RECEPTICIA DE LA OFERTA**

Por lo que concierne estrictamente al carácter recepticio de la oferta, la Propuesta de Modernización del Código Civil afronta la cuestión de forma expresa y recoge el *criterio de la recepción* para la perfección tanto de la oferta como de la aceptación<sup>269</sup>. De esta forma, adopta el mismo principio de los textos internacionales en los que se apoya. Sin embargo, hemos de hacer notar que la Propuesta de Modernización y la Convención de Viena de 1980 establecen dicha regla en los artículos relativos a las declaraciones emitidas durante el proceso de formación del contrato, mientras que los Principios Unidroit también lo enuncian como principio general en las disposiciones generales, y los PECL y el DCFR sólo lo recogen en este último sentido.

En consonancia con lo expuesto, la Propuesta de Modernización y la Convención de Viena de 1980 también dedican un artículo específico, dentro de las disposiciones relativas a la formación del contrato, a puntualizar cuándo la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención *llega* al destinatario, por lo que podemos inferir que establecen el criterio de la recepción como principio

---

<sup>265</sup> COCA PAYERAS (op. cit., p. 448) señala que el carácter recepticio de la oferta es un atributo constante. De la misma manera, MARTÍNEZ GALLEGU (“La formación...”, cit., p. 34) añade que el carácter recepticio de la oferta no constituye un requisito de la misma en sentido estricto, sino que forma parte de la propia esencia de la oferta.

<sup>266</sup> MARTÍNEZ GALLEGU, op. cit., pp. 34 y 35 y notas 25 y 27, con cita de abundante doctrina.

<sup>267</sup> STS, Sala de lo Civil, 20 noviembre 1992.

<sup>268</sup> LACRUZ BERDEJO, “Elementos ...”, cit., p. 375; ALBALADEJO GARCÍA, “Derecho ...”, cit., p. 748 y MORENO QUESADA, “La oferta de...”, cit., p. 71.

<sup>269</sup> Artículo 1247, primer párrafo: “La oferta tendrá efectividad cuando llegue al oferente” y artículo 1.250, segundo párrafo: “La aceptación adquiere efectividad en el momento en que llegue al oferente”.

general, aunque con un alcance limitado a la fase de formación<sup>270</sup>. Por tanto, extienden el carácter recepticio a la retirada, revocación y rechazo de la oferta, así como a la retirada de la aceptación<sup>271</sup>.

En cuanto a la aplicación concreta del criterio de la recepción a la oferta, la redacción es prácticamente idéntica en todos los textos internacionales en los que se apoya la Propuesta de Modernización del Código Civil, si bien surgen problemas con la traducción. En concreto, se ha puesto de manifiesto que la literalidad de los preceptos en inglés (lo que se hace extensivo al DCFR) difiere de la traducción española. En esta última se alude a que la oferta surte efectos<sup>272</sup>, mientras que en aquélla se pone el acento en que la oferta es la que se hace efectiva, lo que se relaciona con la vinculación, al menos eventual, del oferente<sup>273</sup>. Aunque no creemos que tal diferencia tenga ninguna trascendencia práctica, la Propuesta de Modernización parece haberse hecho eco de tales críticas y utiliza una redacción diferente a las traducciones de los textos internacionales: “*La oferta tendrá efectividad cuando llegue al destinatario*”.

Sin perjuicio de que se establezca el *criterio de la recepción* como axioma para la perfección y eficacia de la oferta y de las restantes manifestaciones de voluntad en la génesis contractual, hemos de tener en cuenta que la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit aluden específicamente a las comunicaciones verbales y a las realizadas por otros medios<sup>274</sup>. De esta forma, en el primer caso, la

---

<sup>270</sup> Artículo 24 de la Convención de Viena de 1980: “A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención «llega» al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual” y artículo 1.257 de la Propuesta de Modernización del Código Civil: “A los efectos de este capítulo, para entender que una comunicación ha llegado a su destinatario, basta que haya llegado al lugar que tenga designado para ello, a su establecimiento o a su domicilio”.

<sup>271</sup> PERALES VISCASILLAS (“La formación del...”, cit., pp. 222 a 225) afirma que la Convención de Viena de 1980 acoge la *teoría del conocimiento* para las declaraciones realizadas de forma oral y la *teoría de la recepción* para las declaraciones escritas. Defiende la adopción de ambos criterios al considerar que, de seguirse la *teoría del conocimiento* para las declaraciones escritas, el aceptante pudiera verse perjudicado por el retraso del destinatario en la toma de conocimiento de las declaraciones enviadas, lo que no se da en las declaraciones verbales. También apoya que no se haya adoptado como regla la *mailbox rule* anglosajona o la *teoría de la expedición* de muchos Códigos continentales. A tales efectos, aduce que el principio de igualdad de derechos y obligaciones en esta fase del contrato conduce a que la efectividad de las declaraciones y, también, claro es, el límite al derecho de retirada de las declaraciones de voluntad antes de su efectividad, se conceda por igual a ambos contratantes a la vista de un momento que pueda considerarse objetivo, máxime cuando el aceptante queda protegido del derecho de revocación del oferente si ya ha enviado su declaración de aceptación.

<sup>272</sup> La traducción del artículo 15, 1) de la Convención de Viena de 1980 dispone que “*La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario*”. El artículo 1.10 (2) de los Principios Unidroit utiliza una expresión más amplia, cuando indica que “*La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida*”. El precepto 2.1.3 (1) del mismo texto internacional aplica el mismo principio a la oferta y establece que “*La oferta surte efectos cuando llega al destinatario*”. Por otro lado, la traducción de los PECL también alude a que la comunicación surte efectos cuando llega al destinatario –art. 1:303 (2)–, pero no dedica un artículo específico a la aplicación de tal criterio a la oferta, sino que lo recoge como principio incardinado en las disposiciones generales. Las mismas conclusiones son extrapolables al artículo I.- 1:109 (3) del DCFR.

<sup>273</sup> DÍEZ-PICAZO, “Artículo 14, VVAA La Compraventa ...”, cit., p. 171.

<sup>274</sup> PERALES VISCASILLAS (“La formación del...”, cit., p. 222) considera que “[...] Dentro de las declaraciones escritas se incluirán las realizadas mediante carta, telégrafo, télex, fax, EDI, E-mail, etc. Por declaraciones orales habrá de entenderse aquellas que empleen la palabra oral, ya cuando las partes negocian cara a cara, ya cuando utilizan medios de



comunicación llega cuando es comunicada verbalmente y, en el segundo supuesto, cuando se entrega por cualquier otro medio, bien al destinatario personalmente bien en su establecimiento, dirección postal o residencia habitual<sup>275</sup>. Entendemos que esta segunda hipótesis también debe amparar las aceptaciones realizadas por medio de actos que deben ser comunicados al oferente, ya sea porque dicha comunicación se lleve a cabo mediante la entrega de las mercaderías o el pago del precio ya sea porque el aceptante decide comunicar ese envío o ese pago con carácter previo mediante una declaración escrita o análoga<sup>276</sup>.

Por su parte, la redacción de los PECL parece centrar su atención en las comunicaciones que sean diferentes de las verbales, ya que sólo se refiere a su entrega. Sin embargo, los comentarios formulados al artículo 1:303 aclaran que las comunicaciones pueden llevarse a cabo de cualquier forma, ya sea en forma oral, escrita o por medios electrónicos<sup>277</sup>. El DCFR es el que cubre el más amplio espectro de posibilidades y considera que una notificación llega: cuando se entrega a su destinatario; cuando se entrega en el domicilio de negocios del destinatario y, si no existiera, en su residencia habitual; cuando resulte accesible por su destinatario en el caso de la utilización de medios electrónicos; y, como cláusula abierta, cuando, de cualquier otro modo, esté disponible para el destinatario<sup>278</sup>. Por su parte, la Propuesta de Modernización se muestra más parca y se limita a establecer que bastará que la comunicación llegue al lugar designado para ello, a su establecimiento o a su domicilio -art. 1.257-.

A nuestro juicio, la regulación contenida en la Propuesta y en los instrumentos internacionales que utiliza como guía, así como en el DCFR, permite extraer una conclusión sumamente trascendente para nuestra investigación: el *principio de llegada* o criterio de la recepción se aplica tanto a las comunicaciones orales como a las escritas -o realizadas por medios análogos-, así como a las aceptaciones realizadas por medio de actos que deben ser comunicados al oferente. No obstante, cuando se analiza la aplicación concreta de dicho principio a las comunicaciones orales, cierto sector doctrinal observa que realmente subyace la *teoría del conocimiento*, por cuanto una comunicación oral nunca podrá literalmente ser entregada<sup>279</sup>.

---

comunicación que la transmiten (teléfono, radio, videoconferencia, etc.)". En la misma línea, DÍEZ-PICAZO, "Fundamentos ...", cit., p. 377.

<sup>275</sup> Artículo 24 de la Convención de Viena de 1980 y Artículo 1.10 (3) de los Principios Unidroit.

<sup>276</sup> PERALES VISCASILLAS, "La formación del...", cit., p. 223.

<sup>277</sup> LANDO y BEALE, op. cit., p. 171.

<sup>278</sup> Artículo I.- 1:109 del DCFR.

<sup>279</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI, "La oferta contractual...", cit., p. 149 y PERALES VISCASILLAS, "La formación del...", cit., p. 231.

Asimismo, quedan excluidas del ámbito de aplicación del *principio de llegada* o *criterio de la recepción* dos supuestos más, ya que no estamos ante manifestaciones de voluntad recepticias. Por un lado, nos referimos a la aceptación expresada a través de la ejecución de un acto sin necesidad de comunicárselo al oferente, en virtud de la oferta, de las prácticas establecidas entre las partes o de los usos. En este caso, la aceptación adquiere eficacia jurídica en el momento en que dicho acto se realiza, por lo que no podemos hablar de entrega o llegada de la aceptación. En la misma línea, tampoco resulta factible sujetar al *principio de llegada* la aceptación expresada mediante el silencio, dado que estamos ante un comportamiento inactivo del destinatario que, por definición, no puede ser remitido ni entregado<sup>280</sup>.

Un segundo corolario que se puede colegir de la regulación que estamos analizando es que, aunque la *teoría de la recepción*, o *principio de llegada*, se establece como criterio general (al menos, para las declaraciones emitidas en la fase de formación del contrato<sup>281</sup>), ello no obsta para que los propios textos legales recojan excepciones al mismo. Este sería el caso de la aceptación de una oferta que deba realizarse dentro de un plazo marcado por el oferente, ya que dicho plazo comenzará a computarse desde la expedición de la oferta y no desde su llegada al destinatario<sup>282</sup>. Parte de la doctrina también apunta la hipótesis de la aceptación que recae cuando la oferta ha caducado por el transcurso del tiempo, por cuanto entienden que dicha aceptación surtirá efecto cuando el oferente envíe una comunicación al aceptante informándole de la efectividad de su declaración y, por tanto, postergan la perfección contractual al momento del envío de dicha comunicación<sup>283</sup>.

En tercer lugar, debemos ponderar que las partes también pueden alterar el criterio general y pactar uno distinto para la perfección de las declaraciones que se produzcan en el marco de sus relaciones. Esta posibilidad se reconoce expresamente en los textos internacionales que sirven de referencia a la Propuesta de Modernización del Código Civil, así como en ésta última, con relación a la aceptación mediante el cumplimiento de un acto o la ejecución de la prestación, sin

---

<sup>280</sup> PERALES VISCASILLAS, “*La formación del...*”, cit., pp. 223 y 224.

<sup>281</sup> PERALES VISCASILLAS (“*La formación del...*”, cit., pp. 222 a 224) entiende que, en el ámbito de la Convención de Viena de 1980, el *principio de llegada* o la *teoría de la recepción* rige para las aceptaciones llevadas a cabo mediante declaraciones escritas u orales –art. 18, 1)-, para las aceptaciones que se realizan mediante actos, lo que incluye comportamientos o conductas y actos de ejecución que deben comunicarse al oferente –art. 18, 2)- y para las aceptaciones tardías –art. 21, 2)-.

<sup>282</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI, “*La oferta contractual...*”, cit., p. 157 y comentarios realizados por los redactores sobre el artículo 2.1.8, op. cit., pp. 48 y 49. En el mismo sentido, el artículo 20 de la Convención de Viena de 1980, que se identifica como el antecedente del mencionado precepto de los Principios Unidroit. Sin embargo, dicha excepción no se plasma en la Propuesta de Modernización, ni en los PECL, ni en el DCFR.

<sup>283</sup> PERALES VISCASILLAS (“*La formación del...*”, cit., p. 224) alude al supuesto regulado en el artículo 21, 1) de la Convención de Viena de 1980. Sin embargo, en nuestra opinión y en línea con otro sector de la doctrina, este supuesto encaja en la regla general del *principio de llegada*, ya que el momento de perfección coincide con la recepción de la aceptación y no con la remisión de ninguna comunicación por el autor de la oferta.

necesidad de comunicación al oferente<sup>284</sup>. Asimismo, la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit reconocen expresamente la posibilidad de que las partes excluyan la aplicación de los mismos, por completo o de forma parcial, así como de que establezcan excepciones a los supuestos regulados o modificar sus efectos, salvo disposición en contrario<sup>285</sup>.

Por otro lado, los PECL y el DCFR reconocen la libertad contractual de las partes, aunque sujeta al respeto de la buena fe y de las normas imperativas. La Propuesta de Modernización del Código Civil plasma el principio de la autonomía de las partes en términos muy similares al Código Civil vigente<sup>286</sup> y, en esa medida, aunque no se prevea expresamente la posibilidad de alterar el momento de perfección de las declaraciones recepticias, como la oferta, creemos que se puede defender dicha alternativa. De hecho, la doctrina española, incluso con anterioridad a la reforma del artículo 1.262 del Código Civil, admite que la regla general contenida en dicho precepto pueda ser alterada por los términos de la oferta o por acuerdo de las partes, incluso por las prácticas establecidas entre las mismas<sup>287</sup>.

En cuarto y último lugar, debemos resaltar la importancia del momento en que adquiere efectividad la oferta, ya que marca el hito a partir del cual el destinatario puede emitir su aceptación y, por tanto, concluir el contrato. De esta forma, si el eventual aceptante tuviere noticias de la oferta por un tercero, o por cualquier otro medio, la aceptación que emitiera en tal caso no resultaría válida y no se entendería perfeccionado el contrato<sup>288</sup>, amén de que el oferente podría retirar la oferta, como veremos a continuación.

### **c. OFERTAS DIRIGIDAS AL PÚBLICO. ESPECIAL REFERENCIA AL COMERCIO MINORISTA Y AL TRLGDCU**

#### **i. OFERTAS DIRIGIDAS AL PÚBLICO**

Por lo que se refiere al reconocimiento o negación de las ofertas encaminadas al público en general, o a un grupo de personas en particular, la exposición contenida en el último apartado del epígrafe anterior nos permite extraer la siguiente conclusión: la Propuesta de Modernización del Código Civil, en

---

<sup>284</sup> Artículo 18 (3) de la Convención de Viena de 1980; artículo 2.1.6 (3) de los Principios Unidroit; artículo 2:205 (3) de los PECL; artículo II.- 4:205 (3) del DCFR y artículo 1.250, quinto párrafo, de la Propuesta de Modernización del Código Civil.

<sup>285</sup> Artículo 6 de la Convención de Viena de 1980 y artículo 1.5 de los Principios Unidroit.

<sup>286</sup> Artículo 1.237, primer párrafo: “*Las partes podrán obligarse mediante el contrato del modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”.

<sup>287</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., pp. 1143 y 1144 –La Ley- y ALBALADEJO GARCÍA, “Derecho ...”, cit., p. 405.

<sup>288</sup> SAN JUAN CRUCELAEGUI, op. cit., pp. 110 y 111 y PERALES VISCASILLAS, “La formación del...”, pp. 375 y 376.

coordinación con la posición de la Convención de Viena de 1980, exige que la propuesta determine el o los destinatarios de la misma para caracterizarla como una verdadera oferta contractual. Además, sientan la regla presuntiva de que las propuestas que no contengan dicha determinación son simples invitaciones a ofrecer. En el otro extremo, los Principios Unidroit<sup>289</sup>, los PECL y el DCFR no requieren, implícita o expresamente, que se identifiquen los destinatarios y admiten que una propuesta se dirija al público, o a un grupo de personas indeterminadas, sin que dicho extremo afecte a su conceptualización como una oferta de contrato.

Sin perjuicio de reconocer los méritos de la Convención de Viena de 1980, estimamos que la Propuesta de Modernización objeto de nuestro estudio debería tomar como modelo la opinión dominante entre la doctrina y jurisprudencia patrias<sup>290</sup>, la orientación adoptada por el legislador nacional en dos textos muy señalados y la postura de los restantes instrumentos internacionales citados<sup>291</sup>. De esta manera, creemos oportuno que la Propuesta de Modernización admita abiertamente las ofertas al público, en las que no constan determinados el o los destinatarios, así como que proceda a considerar incluidas en dicha categoría las propuestas formuladas a través de anuncios o catálogos o mediante la exhibición de los productos<sup>292</sup>. Vamos a desgranar a continuación las razones más señaladas que avalan dicho posicionamiento.

En primer lugar, se debe ponderar adecuadamente el diferente ámbito de aplicación de la Convención de Viena de 1980 y de la Propuesta de Modernización del Código Civil, tanto en el plano objetivo como en el subjetivo. Por cuanto concierne al primero, la Convención aludida es, claramente, una norma destinada al comercio internacional que, a diferencia de las transacciones locales y nacionales, exige un desembolso inicial considerable y requiere un nivel de pedidos importante,

---

<sup>289</sup> PERALES VISCASILLAS, (“Formación”, *VVAA Comentario...*”, cit., p. 112 y ss) propone cambiar la regla contenida en el artículo 2.1.2 de los Principios Unidroit y que siga la orientación del artículo 14, 2) de la Convención de Viena de 1980. De esta forma, salvo que claramente se indique lo contrario, las propuestas dirigidas al público en general, así como el envío de catálogos, prospectos, folletos o instrumentos similares deberán ser calificados como simples invitaciones a hacer ofertas.

<sup>290</sup> Según explica MIRANDA SERRANO (“La oferta pública ...”, cit., p. 77), la doctrina defiende la categoría de oferta al público o *ad incertam personam* porque parte de entender que, a diferencia del contrato codificado, de claro signo liberal-individualista, donde el oferente dirigía siempre su propuesta comercial a una persona determinada, en el moderno tráfico en masa es muy frecuente que la oferta comercial se dirija a la generalidad con la intención de encontrar en ella a la persona con la que celebrar el contrato.

<sup>291</sup> CORRAL GARCÍA, E. (*La oferta de contrato al público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 15) sostiene que la regla que se contiene en el artículo 14, 2) de la Convención de Viena de 1980 “[...] no se adecúa a la realidad del Derecho contractual español, ya que debe rechazarse que la regla general sea que las propuestas dirigidas al público sean consideradas como simples invitaciones a hacer ofertas”.

<sup>292</sup> Por el contrario, PERALES VISCASILLAS (“La formación del ...”, cit., p. 297), una vez constatada la diferente concepción que se confiere a la oferta no destinada a persona o personas determinadas en la Convención de Viena de 1980 y en el Derecho español no uniforme, mantiene que se puede considerar plenamente aplicable el artículo 14, 2) de la citada Convención, ya que la configuración de la oferta al público en nuestro Derecho interno anterior a la Convención mencionada se ha construido sobre aportaciones meramente doctrinales, por lo que, finalmente, concluye que sólo la oferta dirigida a una o varias personas determinadas podrá calificarse como genuina oferta en sentido técnico-jurídico tanto en el ámbito de las compraventas internacionales como internas.

con el fin de rentabilizar el transporte de las mercancías hasta la localización geográfica del comprador. En segundo lugar, los empresarios recurren con frecuencia y naturalidad a la publicidad como un método para elevar el número de clientes y, consecuentemente, obtener el beneficio suficiente que compense la inversión original. Sin embargo, no todo eventual cliente puede resultar conveniente por muy diversas causas<sup>293</sup>.

Ambos argumentos conducen a la inevitable deducción de que los empresarios inmersos en contratos de ámbito internacional deben evaluar apropiadamente las cualidades de los futuros compradores. En consecuencia, se configura como un mecanismo de protección del empresario, frente a aquellos que no revistan las condiciones adecuadas, la posibilidad de rechazar sus respuestas mediante el argumento de que sus comunicaciones publicitarias son meras invitaciones a ofrecer y no verdaderas ofertas contractuales. Por tanto, consideramos que resulta palmario que, con relación a este punto concreto, la Convención de Viena de 1980 es una norma protectora de los proponentes<sup>294</sup>.

En cuanto al ámbito subjetivo, existen marcadas diferencias entre la Convención de Viena de 1980 y la Propuesta de Modernización del Código Civil. La primera se enfoca hacia operaciones entre empresarios, no sólo porque es el escenario natural de las compraventas internacionales de mercaderías, sino porque, explícitamente, se excluyen las compraventas de consumo, es decir, las transacciones realizadas con consumidores y usuarios<sup>295</sup>. En el polo opuesto, el destino primigenio de la Propuesta de Modernización lo configuran las relaciones entre particulares y, además, los contratos mixtos, o sea, aquellos en que intervienen, por un lado, empresarios y, por otro, consumidores y usuarios<sup>296</sup>.

En nuestra opinión, las razones expuestas bastarían para sostener la necesidad de la rectificación de las reglas contenidas en la Propuesta de Modernización. En apoyo del cambio que preconizamos, y en segundo lugar, también debemos aludir a la postura adoptada por el legislador español en diversas

---

<sup>293</sup> PERALES VISCASILLAS, “La formación del ...”, cit., p. 297.

<sup>294</sup> DíEZ-PICAZO, “Fundamentos ...”, cit., p. 337 y VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa Internacional de Mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 118 y ss.

<sup>295</sup> Artículo 2 de la Convención de Viena de 1980: “La presente Convención no se aplicará a las compraventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso”.

<sup>296</sup> La calificación de las operaciones de consumo o contratos mixtos es objeto de una ardua e irresoluta polémica - GRAMUNT FOMBUENA, M.D. y LLÁCER MATA CÁS, M.R., “La codificación del Derecho Contractual Europeo: una encrucijada entre el Derecho civil y el Derecho de consumo”, accesible en <http://ec.europa.es>, pp. 1 a 10-, pero no se puede dudar de la orientación adoptada por la Propuesta de Modernización del Código Civil. En este sentido, la citada Propuesta regula en su seno las condiciones generales de la contratación –aunque estos artículos también se aplicarían a empresarios– y tres contratos típicamente adscritos a las relaciones con consumidores y usuarios: los celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia y por vía electrónica.

normas vigentes<sup>297</sup>. En todas ellas se puede reconocer claramente un principio de política legislativa que se concreta en la protección de los destinatarios de las ofertas públicas, frente a las normas tuitivas de los proponentes que se contienen en el texto vienés. Dos de las normas aludidas se integran en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista<sup>298</sup> y las otras dos en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias<sup>299</sup>.

Por lo que se refiere al concepto de personas determinadas, se entiende que abarca tanto a las personas físicas como jurídicas, e incluso, a entes que no posean personalidad jurídica propia, como las sociedades irregulares<sup>300</sup>. Sin embargo, según se desprende de los estudios doctrinales, la nota más característica de las ofertas al público es que los destinatarios deben ser conscientes de que, sin perjuicio de que acepten dicha oferta, el contrato puede no verse concluido debido a los propios límites cuantitativos de aquélla. De esta manera, se admite pacíficamente que el oferente atenderá las aceptaciones hasta el límite de su disponibilidad normal o habitual, aún en el caso de que no lo haya advertido expresamente en la oferta, en cuyo caso se atenderá a la práctica habitual del mismo o a los usos del sector.

En este sentido, es frecuente que este tipo de ofertas incluyan cláusulas que expresen dicha limitación, *ad.ex.* “*hasta límite de existencias*”<sup>301</sup>. Además, como hemos tenido ocasión de analizar, las normativas europea y nacional asumen explícitamente tal circunstancia<sup>302</sup>. Por otro lado, si el proponente recibe múltiples aceptaciones, se aplicará el criterio de prioridad temporal, tanto por constituir un principio general del Derecho como por la regulación contenida en la legislación especial, aunque en función de los términos de la oferta, el emisor puede pretender la consecución de un único contrato, de un número tasado o de múltiples contratos<sup>303</sup>.

En cuanto a la revocación de este tipo de ofertas, se insiste en que debe llevarse a cabo a través de los mismos medios de comunicación que los empleados

---

<sup>297</sup> Además de los preceptos que se mencionan en el texto de nuestra investigación y en las notas inmediatamente posteriores, podemos citar los artículos 152.1 y 153 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y el Real Decreto 515/1989, sobre venta y arrendamiento de viviendas.

<sup>298</sup> Artículos 9, nº 1 y 56, nº 1.

<sup>299</sup> Artículos 61, nº 2 y 3 y 116, nº 1.

<sup>300</sup> DÍEZ-PICAZO, “*Fundamentos ...*”, cit., p. 359.

<sup>301</sup> MORENO QUESADA, “*La oferta de...*”, cit., pp. 81 a 85 y CUADRADO PÉREZ, “*Oferta, aceptación, ...*”, cit., pp. 153 y 154.

<sup>302</sup> Vid. Artículo 7, nº 2 de la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y artículo 9, nº 2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

<sup>303</sup> GONZÁLEZ GONZALO, op. cit., p. 681.

para la emisión de la propuesta originaria, con la finalidad de que alcance la mayor difusión posible<sup>304</sup>. De este modo, y en consonancia con lo expuesto en el párrafo precedente, los eventuales aceptantes no podrán exigir el resarcimiento de los daños sufridos -por ejemplo, en el caso de haber comenzado la ejecución del contrato-, dado que no ha podido generarse una confianza legítima en la conclusión del contrato.

Por último, sólo nos resta hacer alusión a una distinción que surge exclusivamente en el plano doctrinal, y con diferentes acepciones, entre ofertas al público y ofertas *ad incertam personam*. La diferencia radica en que estas últimas se dirigen a un grupo dentro de la generalidad del público, como, por ejemplo, las realizadas a grupos de personas con una edad comprendida dentro de un tramo temporal. En estos casos, los destinatarios están delimitados, pero siguen sin estar determinados, por lo que compartimos la opinión de que esta distinción no tiene efectos prácticos. Sin embargo, hay autores que entienden que, en el supuesto de ofertas *ad incertam personam*, se concluye un único contrato con el primer destinatario que la acepte<sup>305</sup>.

## **ii. ESPECIAL REFERENCIA AL COMERCIO MINORISTA**

A nuestro modo de ver, la norma cuya rotundidad se muestra de forma más notoria a efectos del análisis que estamos desarrollando es el Artículo 9 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista<sup>306</sup>. El primer apartado de dicho precepto consagra normativamente la oferta pública de venta y la exposición de artículos en establecimientos comerciales como dos de los métodos de promoción utilizados por los empresarios y comerciantes dentro de los esfuerzos que realizan para atraer a clientes hacia la adquisición de los productos y servicios que ofrecen. Esta norma no admite interpretaciones diferentes de la propia literalidad de su redacción y, desde su rúbrica "*Obligación de vender*", determina claramente cuál es la *ratio legis* que la preside.

Según la norma invocada, el empresario o comerciante que oferte sus productos o servicios ayudándose de una propuesta dirigida al público, ya sea directamente o a través de la publicidad, o de la exhibición de los mismos en un

---

<sup>304</sup> Es una novedad introducida por el artículo 2:202 (2) PECL, que recoge que la revocación deberá llevarse a cabo "*por los mismos medios empleados para hacer dicha oferta*". También se contempla en el artículo II.- 4:202 (2) del DCFR. Obviamente, nos adherimos a dicha postura, que también la encontramos en el artículo 1.336 del Código Civil italiano.

<sup>305</sup> MORENO QUESADA, "*La oferta de...*", cit., pp. 79 y 80 y MENÉNDEZ MATO, "*La oferta ...*", cit., pp. 181 a 183.

<sup>306</sup> El artículo 9 se integra dentro del Título I "Principios Generales" y del Capítulo II "Oferta comercial" y el nº 1 del mismo reza: "*La oferta pública de venta o la exposición de artículos en establecimientos comerciales constituye a su titular en la obligación de proceder a su venta a favor de los demandantes que cumplan las condiciones de adquisición, atendiendo, en el segundo caso, al orden temporal de las solicitudes. Quedan exceptuados de esta obligación los objetos sobre los que se advierta, expresamente, que no se encuentran a la venta o que, claramente, formen parte de la instalación o decorado*".

establecimiento comercial, está obligado a vender tales productos o a prestar dichos servicios<sup>307</sup>. Asimismo, la norma también puntualiza que, cuando se trata de productos que se exponen al público, por una parte, se deberá atender al orden temporal de las solicitudes –debemos entender aceptaciones- y, por otra parte, que no se verán sujetos a la obligación de vender aquellos objetos sobre los que se advierta expresamente que no se encuentran a la venta o se pueda deducir claramente que forman parte de la instalación o decorado.

La única explicación plausible por la que el empresario o comerciante esté obligado a vender los productos o servicios que oferte públicamente o que exponga en su establecimiento comercial es que tales propuestas se configuran como genuinas ofertas de contrato, y no como simples invitaciones a proponer ofertas<sup>308</sup>. Además, a nuestro juicio, también demuestra que el legislador fue consciente de la relevancia de las ofertas públicas que los empresarios y comerciantes lanzan al mercado, lo que, en el momento de la promulgación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista se circunscribía, en especial, a la publicidad por medios tradicionales –periódico, televisión, radio, panfletos, etc.- y a la exhibición directa de productos y, en menor medida, a la organización de subastas públicas<sup>309</sup>.

Afortunadamente, el legislador mantuvo amplias miras en este punto, y el desarrollo del tráfico comercial contemporáneo ha venido a ratificar el acierto de su previsión. Actualmente, los avances tecnológicos que han impulsado el fenómeno contractual, también han servido para impulsar el desarrollo de la publicidad como método de promoción de productos y servicios. De esta manera, no sólo se ha intensificado la presencia de la publicidad en los canales habituales, sino que se han desarrollado nuevas fórmulas que persiguen la intervención individual del destinatario<sup>310</sup>. Sin embargo, la revolución que ha vivido el sector publicitario obedece a la consolidación de Internet como la plataforma tecnológica que permite

---

<sup>307</sup> La misma regla se contiene en los artículos 2:201 (3) de los PECL y II.- 4:201 (3) del DCFR.

<sup>308</sup> En opinión de FONT GALÁN (op. cit., p. 61), el artículo 9 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista viene a significar en nuestro Derecho un reconocimiento legal explícito de que “[...] lo que comenzó siendo una mera técnica o método de venta –la *oferta comercial*– se sustantiva obligacionalmente en *oferta pública de contrato*, fuente concreta de la obligación de proceder a la venta a favor de los demandantes”

<sup>309</sup> MIRANDA SERRANO, (“*La oferta pública ...*”, cit., p. 77), PERALES VISCASILLAS (“*La formación del...*”, cit., pp. 293 y 294 y CORRAL GARCÍA (op. cit., p. 200) nos ayudan a delimitar los tres caracteres más relevantes que diferencian la oferta al público o *ad incertam personam* de la oferta dirigida a persona determinada: “1º) La indeterminación de sus destinatarios, que finaliza cuando alguien del público comunica al oferente su voluntad de celebrar el contrato públicamente ofertado, 2º) Su modo de exteriorización, mediante el empleo de los llamados *mass media* o a través de medios más restringidos de publicidad como circulares o catálogos y 3º) Su carácter necesariamente limitado, toda vez que cabe razonablemente pensar que quien dirige una oferta al público no tiene la voluntad de atender un número de pedidos que excedan de su propia capacidad productiva (si es un productor o fabricante) o de su *stock* de existencias (si se trata de un comerciante); de modo que, en tales casos, el oferente cumple suministrando las mercaderías según el orden de recepción de los pedidos hasta que las existencias se agoten”.

<sup>310</sup> Un ejemplo lo constituyen las llamadas personalizadas que se hacen a los particulares.



la conexión de millones de personas y a la aparición de nuevos dispositivos electrónicos que posibilitan dicha conexión en todo momento<sup>311</sup>.

Otra consecuencia que se deriva del artículo 9, nº 1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista es que debería haber puesto punto final a una polémica doctrinal que no tenía visos de llegar a un consenso. Nos referimos a la discusión en torno a la caracterización de la exposición de artículos en el escaparate de las tiendas o la de la carta de los platos que componen el menú de un restaurante, con indicación del precio de los mismos. La doctrina se muestra dividida, de forma que, para unos autores, constituyen verdaderas ofertas a público y, para otros, simples invitaciones a realizar ofertas<sup>312</sup>. Por su parte, como ya hemos indicado, bajo el prisma de la Propuesta de Modernización del Código Civil, estaríamos ante meras invitaciones a proponer ofertas, ya que no se dirigen a persona o personas determinadas<sup>313</sup>.

Otra muestra de la relevancia de las ofertas públicas y de la necesidad de evitar que la Propuesta de Modernización instaure un criterio que se aleja del que comparten en perfecta sintonía la doctrina, la jurisprudencia y el legislador, se revela en la previsión legal que configura la propuesta del subastador como una oferta pública e irrevocable de la venta de un bien o prestación de un servicio a favor del que ofrezca el precio más alto por encima de un mínimo<sup>314</sup>. Si aceptáramos el punto de vista de la citada Propuesta, el subastador se limitaría a escuchar las ofertas que formulen los diferentes licitadores y, según su libre arbitrio, decidiría si contrata o no con éstos.

### iii. ESPECIAL REFERENCIA AL TRLGDCU

---

<sup>311</sup> GUILLÉN CATALÁN (op. cit., p. 89 y 90) nos introduce en los nuevos problemas que aparecen con el surgimiento de estos nuevos canales y, en especial, con las comunicaciones comerciales por vía electrónica. De esta forma, frente a la enorme ventaja que supone la globalidad de Internet, ya que, con una inversión mínima, se pueden ofrecer productos y servicios en cualquier lugar del mundo, las nuevas técnicas comerciales también suponen desventajas. Por un lado, de carácter técnico, como los virus informáticos, y, por otro lado, en el plano jurídico, en relación con la obtención de datos personales para crear bases de datos de potenciales clientes y con el envío de publicidad no deseada. Asimismo, la citada autora también pone de manifiesto la paradoja que supone la inmediatez de la reacción del legislador ante la recepción de correos electrónicos no solicitados con una profusa legislación, frente a la inacción respecto al correo tradicional.

<sup>312</sup> SCALS PELLICER (“Oferta”, cit., pp. 370 a 375) nos ofrece una síntesis de las diversas posturas doctrinales sobre la cuestión planteada.

<sup>313</sup> MIRANDA SERRANO (“La oferta pública ...”, p. 82, nota 47) señala que la innovación principal que supone el artículo 9 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista estriba en zanjar normativamente una cuestión sobre la que no siempre ha existido unanimidad doctrinal: si la exhibición de los productos en los escaparates y vitrinas de los establecimientos comerciales constituye una auténtica oferta contractual *ad incertam personam*, o se trata, más bien, de una *invitatio ad offerendum*.

<sup>314</sup> Se trata del artículo 56, que se halla en el Título III, dedicado a “Ventas especiales”, Capítulo V “Venta en pública subasta” y la redacción del primer párrafo del nº 1 es la siguiente: “La celebración de una pública subasta consiste en ofertar, pública e irrevocablemente, la venta de un bien o servicio a favor de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo, ya se fije éste inicialmente o mediante ofertas descendentes realizadas en el curso del propio acto, que estará obligado a comprarlo”.

El artículo 61, n° 2 y 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios es un precepto trascendental en nuestro ordenamiento, dado que plasma el principio de la integración publicitaria del contrato. Conforme al citado principio, las declaraciones y afirmaciones que los empresarios y comerciantes efectúen en los mensajes publicitarios y promocionales de los productos y servicios que lancen al mercado pasarán a formar parte del contrato que se celebre como consecuencia de dicha actividad, aun cuando no se mencionen en dicho contrato. La única excepción radica en que el contrato contenga cláusulas más beneficiosas, por lo que, en aras a lograr la máxima protección de los consumidores y usuarios, prevalecerán sobre los contenidos publicitarios y promocionales<sup>315</sup>.

Los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil también han advertido la importancia de la máxima anterior, ya que se desprende una manifiesta similitud entre el precepto reseñado y el artículo 1.276 de la citada Propuesta. Igualmente, la norma proyectada reconoce la eficacia vinculante de las declaraciones y afirmaciones efectuadas con carácter publicitario o a través de actividades de promoción de productos y servicios para el empresario o comerciante, y reconoce expresamente, a diferencia del artículo 61 señalado, que se integrarán en el contrato celebrado<sup>316</sup>. No obstante, prevé como excepción que el empresario o comerciante pueda eludir las obligaciones que se deriven de tales afirmaciones y declaraciones mediante la prueba de que la contraparte conoció o, empleando la diligencia que le fuera exigible, debió conocer que las mismas eran incorrectas<sup>317</sup>.

Si confrontamos el artículo 1.276 de la Propuesta de Modernización del Código Civil con el artículo 1.246 de la misma, se pone de relieve una contradicción que, en nuestra opinión, es irreconciliable. Por una parte, la Propuesta de Modernización priva de cualquier eficacia a las propuestas que se dirijan a una o varias personas indeterminadas, es decir, las de índole publicitaria o promocional

---

<sup>315</sup> Artículo 61, n° 2 y 3: “2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”.

<sup>316</sup> Artículo 1.276 de la Propuesta de Modernización del Código Civil: “Quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta. No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos”.

<sup>317</sup> Sin embargo, no parece que esa excepción sea posible según la redacción del artículo 61 TRLGDCU, por cuanto el mandato que contiene el citado precepto es imperativo.

lanzadas al público en general, o incluso a un colectivo específico, y las valora como meras invitaciones a presentar ofertas. Por otro lado, la misma Propuesta de Modernización dota de valor contractual a las declaraciones publicitarias y promocionales al considerar que forman parte integrante del mismo, aunque no se reflejen en el mismo<sup>318</sup>.

Por tanto, por lo que alcanzamos a entender, la Propuesta de Modernización considera que las propuestas dirigidas al público a través de actividades publicitarias y promocionales no adquieren entidad suficiente para configurarse como auténticas ofertas de contrato. Sin embargo, sí adquieren fuerza obligatoria bastante para obligar al empresario o comerciante que publicita sus productos o servicios en el caso de que, finalmente, se celebre el contrato, una vez formulada una oferta por una de las personas que percibió dicha publicidad y aquella es aceptada por el empresario o comerciante. A nuestro juicio, esta discrepancia obedece a los diferentes intereses en liza<sup>319</sup>.

Como ya expusimos, la exclusión de las propuestas dirigidas al público de su configuración como ofertas beneficia a los empresarios y comerciantes que se sirven de la publicidad para promocionar sus productos o servicios<sup>320</sup>. En el extremo contrario, la integración en el contrato de las declaraciones publicitarias o promocionales favorece a los clientes, ya sean consumidores y usuarios ya sean empresarios o comerciantes, por cuanto les otorga la posibilidad de exigir el contenido de tales declaraciones y, por tanto, les confiere derechos que no se contienen en el contrato. No creemos que ambas soluciones puedan coexistir de

---

<sup>318</sup> La postura de la Propuesta de Modernización del Código Civil con relación a las ofertas a personas indeterminadas no sólo se aleja de la postura de la doctrina nacional, sino de la de otros ordenamientos de nuestro entorno, como el Derecho italiano, que reconoce abiertamente la oferta pública o *ad incertam personam* en el artículo 1336 del Código Civil italiano: “*La oferta al público, cuando contiene los extremos esenciales del contrato a cuya conclusión está dirigida vale como propuesta, salvo que resulte diversamente de las circunstancias o de los usos*”. De hecho, el citado precepto establece una presunción de signo contrario a la establecida en el artículo 14, 2) de la Convención de Viena de 1980, que, en nuestra opinión, gozaría de mayor predicamento en la doctrina. Según LANDO y BEALE (op. cit., pp. 224 y 225), en el caso de Francia, los tribunales suelen considerar las ofertas dirigidas al público como auténticas propuestas contractuales.

<sup>319</sup> GASPAS LERA (op. cit., pp. 137 y 138) indica que el planteamiento de la Propuesta de Modernización del Código Civil con relación a las propuestas dirigidas al público coincide con el que rige en los Derechos alemán e inglés, si bien la doctrina matiza que hay que interpretar la citada regla con cierta flexibilidad, por cuanto, en ocasiones, una propuesta dirigida a una generalidad de personas puede constituir una verdadera oferta. Para esta autora, esta cuestión no propicia un problema de régimen jurídico, sino de establecimiento de una regla de interpretación o de orden presuntivo y, dado que las hipótesis son muy heterogéneas, hay que extremar la cautela en la aplicación de cualquier regla que se adopte. Sin embargo, consideramos que comparte nuestro criterio porque, a pesar de la exposición anterior, manifiesta que “[...] parece posible afirmar que la calificación de la propuesta al público como oferta tiene sentido, esencialmente, desde la perspectiva de la protección al consumidor”.

<sup>320</sup> La opción de plantear soluciones diversas según intervenga o no un consumidor es recogida expresamente por el artículo 413, nº 4 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, y presentada el 17 de junio de 2013, que dispone que “*El envío de catálogos, folletos o instrumentos similares será considerado como mera invitación a hacer ofertas, salvo que el envío se realice a consumidores, en cuyo proceso serán aplicables las normas protectoras de estos*”.

forma pacífica en el mismo texto legal y, en consecuencia, los redactores de la Propuesta deberán elegir la posición que estimen más digna de protección<sup>321</sup>.

En este caso, en nuestra opinión, la opción más coherente es continuar la senda iniciada por nuestro más alto Tribunal a finales del pasado siglo, continuada por el legislador en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 29/1984<sup>322</sup>, mejorada en la redacción que ofrece el vigente Texto Refundido de 2007 y, finalmente, recogida en la Propuesta de Modernización objeto de nuestra investigación. La novedad que supone su incorporación a la citada Propuesta es que, en caso de ser aprobada, implicaría la extensión legal de la integración publicitaria de los contratos en los supuestos en que los contratantes fuesen empresarios o comerciantes<sup>323</sup>.

La principal crítica que se puede argüir frente a nuestras consideraciones, y en apoyo de la adopción de la posición de la Convención de Viena de 1980 sobre la determinación de los receptores de las propuestas, se concreta en que los preceptos a los que hemos aludido sólo resultan de aplicación a las relaciones establecidas con consumidores y usuarios. Por el contrario, la citada Convención internacional únicamente puede aplicarse a las operaciones internacionales concertadas entre empresarios y comerciantes<sup>324</sup>. Sin embargo, debe reconducirse dicha crítica ya que, en puridad, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista resulta de aplicación a

---

<sup>321</sup> Sin embargo, la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea contiene la misma contradicción que la Propuesta de Modernización del Código Civil. En su artículo 31, n° 3 afirma que “*Una propuesta presentada al público no constituirá una oferta, salvo que las circunstancias indiquen lo contrario*”, mientras que, en el artículo 69, n° 1, establece que “*Cuando el comerciante, antes de la celebración del contrato, realice una declaración bien a la otra parte, bien al público, sobre las características de lo que ha de suministrar en virtud de dicho contrato, dicha declaración se incorporará como cláusula contractual, salvo que: (a) la otra parte conociera o pudiera esperarse que conociera, en el momento de la celebración del contrato, que la declaración no era exacta o que no se le podía dar crédito como cláusula del contrato; o (b) la declaración no pudiera haber influido en la decisión de la otra parte de celebrar el contrato*”. Asimismo, en el propio precepto se establece expresamente el carácter imperativo de este mandato en las relaciones entre un comerciante y un consumidor (art. 69, n° 4).

<sup>322</sup> Artículo 8 de la LGDCU, como precursor del artículo 61 del TRLGDCU.

<sup>323</sup> En apoyo de la expansión de este principio a las relaciones entre empresarios o profesionales, FONT GALÁN (op. cit., pp. 49 y 62) señala al principio de la buena fe objetiva, que “[...] se sustenta en el fondo de valores, principios y criterios morales que la nueva conciencia social cristaliza y reclama en la realidad del tiempo actual (art. 3 Código Civil) bajo la denominación de *ética de la empresa o ética de los negocios*”.

<sup>324</sup> Obviamente, no existe un precepto en la Convención de Viena de 1980 que establezca dicha previsión expresamente, pero el artículo 1, 1) señala que el ámbito de aplicación de la misma es la compraventa internacional de mercaderías entre sujetos con establecimientos situados en Estados contratantes diferentes. En cuanto al plano objetivo o material, nos interesa destacar que dicho precepto establece que, a efectos de determinar su aplicación, no se tendrá en cuenta el carácter civil o comercial de las partes o del contrato. Por lo que se refiere a la internacionalidad de la compraventa de mercaderías, CALVO CARAVACA (“*Artículo 1*”, *VVAA La Compraventa ...*”, pp. 48 a 54) considera inexcusable la misma, de forma que la Convención de Viena de 1980 no resulta aplicable a las compraventas internas. No obstante lo anterior, señala que, como muchos de sus preceptos son aptos para disciplinar tales compraventas, su entrada en vigor ha provocado “[...] una oleada de estudios comparados sobre la compraventa en los distintos países y se forme así una doctrina solvente, que pueda ser aprovechada para ulteriores reformas de los ordenamientos nacionales en la materia”. Asimismo, el artículo 2, a) excluye su aplicación de las compraventas de consumo.

las transacciones que establezcan tales comerciantes, tanto con consumidores y usuarios como con otros empresarios, comerciantes o profesionales<sup>325</sup>.

Además, el Tribunal Supremo no limitó sus pronunciamientos en esta dirección a las operaciones de consumo, sino que admitió la integración del contrato con las declaraciones publicitarias en uno de los dos supuestos paradigmáticos que se citan reiteradamente por la doctrina, en que el destinatario de la publicidad era un empresario<sup>326</sup>. Por otro lado, los redactores de la Propuesta de Modernización no pudieron ser ajenos al hecho de que la inclusión del artículo 1.276 suponía la expansión de la integración publicitaria fuera del ámbito de las relaciones de consumo. Asimismo, reconocemos los antecedentes de dicho precepto en uno de los textos internacionales que utiliza como modelo y que, claramente, se orienta a su aplicación a todo tipo de contratos, con independencia de la condición de las partes<sup>327</sup>.

Aunque la redacción difiera, es patente la influencia del artículo 6:101 de los PECL, que comprende la regulación de las declaraciones emitidas antes o durante la conclusión del contrato, y de las que nacen obligaciones contractuales. Dentro de las mismas, prevé específicamente las realizadas por un proveedor profesional de servicios, mercancías u otros bienes, acerca de la calidad o uso de los mismos. El dato más relevante es que la información suministrada debe haber influido en la otra parte para tomar la decisión de concluir el contrato<sup>328</sup>, argumento que ha venido sosteniendo la aplicación del principio de la buena fe objetiva *ex* artículo 1.258 del vigente Código Civil, como fundamento de la integración publicitaria contractual<sup>329</sup>.

Posteriormente, el DCFR también contempló la posibilidad de que ciertas afirmaciones realizadas en la fase precontractual puedan integrarse en el contenido

---

<sup>325</sup> De hecho, parece que el legislador pretende que el ámbito subjetivo de dicha Ley se circunscriba a las relaciones establecidas entre empresarios y profesionales, por cuanto ha integrado muchas de sus normas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en especial, a través de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo. En relación con las consideraciones anteriores a la reforma indicada, vid. MIRANDA SERRANO, *Tratado de Derecho Mercantil*, Directores OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ-NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, M., T. 30, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 70 y 71.

<sup>326</sup> STS, Sala de lo Civil, 14 junio 1976.

<sup>327</sup> Al igual que ocurre con el DCFR –artículo II.- 9:102- y la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea –artículo 69-, si bien sólo este último proyecto legislativo incurre en la misma contradicción que la Propuesta de Modernización del Código Civil. Por otra parte, ni la Convención de Viena de 1980, ni los Principios Unidroit abordan esta cuestión, lo que, a nuestro juicio, deriva de que el ámbito objetivo de ambos instrumentos jurídicos son contratos internacionales y se excluye su aplicación de las denominadas operaciones de consumo, lo que circunscribe su ámbito subjetivo a los contratos entre empresarios o profesionales.

<sup>328</sup> LANDO y BEALE (op. cit., pp. 434 y 435) ponen como ejemplo que declaraciones del tipo “*sus clientes quedarán contentos con este producto*” o “*le trataremos como a un rey*” no quedarán amparadas por este precepto.

<sup>329</sup> FONT GALÁN, op. cit., pp. 47 y ss; LASARTE ÁLVAREZ, C., “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la STS 27 enero 1977)”, *RDP*, 1980, pp. 50 y ss; CORRAL GARCÍA, op. cit., pp. 204 y 205; y MIRANDA SERRANO, “La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 77, pp. 71.

contractual y, como un supuesto específico, se refiere a aquellas que se realicen como consecuencia de las técnicas publicitarias y de marketing. Hay que destacar que la regulación del DCFR es más completa y detallada que la de su predecesor, pero no se puede obviar, una vez más, el directo influjo de los PECL en la materia<sup>330</sup>.

La última norma que podemos esgrimir en apoyo del cambio de criterio presente en la Propuesta de Modernización del Código Civil es el artículo 116, nº 1, d) del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>331</sup>. Encontramos una velada alusión al mismo en un precepto que acabamos de analizar –art. 61–, cuando establece que serán exigibles las declaraciones y manifestaciones ofrecidas, aunque no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el comprobante recibido, y, además, *deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato celebrado*<sup>332</sup>.

De esta manera, el consumidor podrá recurrir a las manifestaciones que el empresario o comerciante haya realizado públicamente sobre las características del bien o producto adquirido, es decir, mediante la publicidad y promoción realizada, para reclamar la falta de conformidad del bien cuando no se ajuste a aquéllas. Por último, también permite, en términos similares a la Propuesta de Modernización del Código Civil, la exclusión de la vinculación del empresario o comerciante en tres supuestos: si el vendedor no conocía la declaración publicitaria y no era razonable esperar que la conociera, si dicha manifestación fue corregida en el momento de la conclusión contractual o si no pudo influir en la decisión de compra. Una vez más, el legislador sanciona la eficacia contractual de las comunicaciones publicitarias<sup>333</sup>.

---

<sup>330</sup> Tanto en los comentarios realizados por LANDO y BEALE al artículo 6:101 de los PECL (op. cit., p. 434) como en los realizados por los redactores al artículo II.- 9:102 del DCFR (op. cit., p. 583) se constata que dichos preceptos reiteran la norma, presente en numerosos Estados europeos, de que ciertas afirmaciones realizadas antes del momento de la conclusión del contrato pueden llegar a formar parte del mismo, aunque no se expresen como términos contractuales. Asimismo, creemos que resulta muy interesante resaltar que también se indica que se pueden obtener los mismos resultados que los previstos en estos artículos mediante la aplicación de las reglas de las promesas unilaterales y de la interpretación de las ofertas y otros actos jurídicos, así como también resultan relevantes a estos efectos las reglas sobre las expectativas razonables de las partes.

<sup>331</sup> Artículo 116, nº 1, d) del TRLGDCU: “*Salvo prueba en contrario, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable: (...) d) Presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado. El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto*”.

<sup>332</sup> Lógicamente, esta previsión no pudo contemplarse en el artículo 8 LGDCU, por cuanto responde a la influencia de la Directiva 99/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, posterior a dicha Ley. La trascendencia de la norma comunitaria invocada descansa en que confirmó el principio de la conformidad en la compraventa –art. 2, nº 1–, por cuanto, como se expone en el Considerando (7), el citado principio puede considerarse que forma parte de la base común de las diversas tradiciones jurídicas nacionales, si bien resulta necesario armonizar un nivel mínimo de protección de los consumidores.

<sup>333</sup> También comparte esa visión el legislador comunitario, lo que queda demostrado por el hecho de que el artículo 2, nº 2, d) de la Directiva 99/44/CE recoge el principio de que las declaraciones públicas sobre las características concretas de

#### iv. CONCLUSIONES

En función de los argumentos contenidos en los apartados anteriores del presente epígrafe, creemos que la opción adoptada por el legislador en los preceptos mencionados de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios es la que más se acomoda a la realidad del moderno tráfico comercial<sup>334</sup>. Aunque podamos compartir que la noción de consumidor y usuario ha evolucionado y que éste ya no se identifica con una persona totalmente ignorante de sus derechos y obligaciones, sin embargo, todavía nos resulta difícil imaginar a un consumidor entrar en un establecimiento comercial, o responder por cualquier medio ante la publicidad efectuada por el empresario y comerciante, y que aquél sea el que deba formular la oferta contractual<sup>335</sup>.

En resumen, la iniciativa sigue correspondiendo a los empresarios y comerciantes, tal y como, a nuestro juicio, no puede ser de otra forma, en función del papel que desempeñan y del beneficio que, como contrapartida, se espera que obtengan de la actividad desarrollada y de la inversión efectuada. Por consiguiente, y como corolario inevitable de toda la exposición realizada en este epígrafe, debemos defender la figura de la oferta al público, con una clara vocación de independencia que, día a día, se va asentando con mayor vigor debido a la pujanza alcanzada por la publicidad para el desarrollo de cualquier actividad empresarial o comercial, que raya, incluso, en la necesidad<sup>336</sup>. La consecuencia indefectible es la exigencia de la modificación del planteamiento adoptado por la Propuesta de Modernización del Código Civil con relación a la oferta dirigida al público, aunque implique separarse del criterio vienés.

Compartimos, no obstante, la postura de la Propuesta de Modernización con relación al principio de integración publicitaria del contrato, en la medida en que supera la óptica actual del legislador, que limita la aplicación de dicho principio al campo de las relaciones con los consumidores y usuarios, y expande su utilización

---

los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante han de valorarse para determinar la conformidad o no del bien adquirido con el contrato. En consecuencia, el legislador español integró esa norma en el artículo 116, nº 1, d) mediante una redacción prácticamente idéntica.

<sup>334</sup> MIRANDA SERRANO, “*Acerca de si ...*”, cit., p. 132.

<sup>335</sup> FONT GALÁN, op. cit., p. 63. Por su parte, MIRANDA SERRANO (“La perfección del contrato en pública subasta. Aproximación desde el régimen legal del comercio minorista”, VVAA *Derecho Mercantil en el umbral del Siglo XXI: Libro homenaje al profesor Carlos Fernández-Novoa, con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Directores GÓMEZ SEGADÉ, J.A. y GARCÍA VIDAL, A., Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 608 y 609) extiende esta conclusión al licitador que acude a una casa de subastas con la intención de celebrar un contrato tras las pujas.

<sup>336</sup> Sin embargo, no toda la doctrina comparte nuestra postura -GONZÁLEZ GOZALO, “*La formación ...*”, cit., p. 680- y, aunque no se niega la figura de la oferta al público, o *ad incertam personam*, sin embargo, se considera que sólo en escasas ocasiones el proponente tiene intención de quedar obligado. De este modo, a pesar de reunir la nota de completitud, suelen constituir invitaciones a los miembros de la colectividad a la que van dirigidas para que hagan sus ofertas conforme a la propuesta inicial, reservándose el proponente la facultad de aceptarlas o rechazarlas.

al terreno de la contratación entre empresarios o profesionales<sup>337</sup>. La tensión existente entre la estrecha visión de la oferta dirigida a personas indeterminadas y la expansión de la integración publicitaria a todo tipo de relaciones responde, en opinión de ciertos autores, que compartimos plenamente, a la convivencia en el seno del Derecho de obligaciones y contratos de dos orientaciones distintas y, prácticamente, contrapuestas.

Finalmente, hemos de poner de relieve que la complejidad del mundo contemporáneo supone la convivencia de movimientos y orientaciones que, en principio, parecen contrapuestas, pero una observación detenida y objetiva debe conducirnos a valorar debidamente estas supuestas pugnas. Con relación a la presente investigación, podemos detectar una tendencia hacia *la socialización del Derecho Privado*, por influjo de la normativa protectora de los consumidores y usuarios, pero que, lentamente, va penetrando en otros sectores. Al mismo tiempo, se advierte que coexiste con otra corriente de signo contrario, ya que propugna lo que se ha venido a denominar *la comercialización o mercantilización* de dicha disciplina, en la medida en que muchas normas civiles encuentran su inspiración en principios y en soluciones puramente mercantiles<sup>338</sup>.

No podemos encontrar un ejemplo mejor para ilustrar esta situación que la Propuesta de Modernización del Código Civil objeto de nuestro estudio, en la que se contienen normas destinadas a la protección de consumidores y usuarios, junto a preceptos cuyo origen se localiza en textos jurídicos destinados a la esfera empresarial o comercial<sup>339</sup>. De este modo, la citada Propuesta regula figuras que

---

<sup>337</sup> FONT GALÁN (op. cit., p. 68, nota 21) razona que puede apoyarse, con cierto fundamento, la fuerza expansiva de la teoría de la integración publicitaria más allá del específico ámbito de las operaciones de consumo. Tal y como hemos expuesto en páginas anteriores, en esta línea se encaminan claramente dos de los textos de *soft law* que utilizamos como contraste de la Propuesta de Modernización del Código Civil –PECL y DCFR-. Por su parte, CUADRADO PÉREZ (“Oferta, aceptación, ...”, cit., pp. 167 y 168) entiende que la persona física o jurídica que contrate un bien o servicio si ser consumidor no puede hallarse desprotegida, de forma que, aunque no podría invocarse la protección del artículo 8 de la LGDCU, la contratación entre empresarios o profesionales también debe desarrollarse de buena fe y con lealtad y corrección profesional. En este caso, la heterointegración del contenido contractual con las condiciones ofrecidas en la publicidad se apoyaría en la aplicación del artículo 1.258 del Código Civil, mediante la remisión prevista en el artículo 50 del Código de Comercio, sin que quepa invocar el artículo 57 del mismo cuerpo legal, al referirse exclusivamente al cumplimiento y ejecución del contrato, pero no a su integración. Vid. en el mismo sentido, GARCÍA AMIGO, “Consideraciones a la buena fe contractual”, en *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, T. I, Almería, 2000, p. 614.

<sup>338</sup> MIRANDA SERRANO (“La oferta pública ...”, cit., pp. 87 y 88) destaca que ese movimiento de socialización del Derecho Privado es una realidad “[...] merced a la promulgación de un número relevante de leyes asentadas en el principio constitucional de la economía de mercado socialmente compatible y, como tales, orientadas a legitimar el mercado provocando confianza hacia él en sus protagonistas”. También expone que el origen de dicha tendencia se puede localizar en el terreno de las relaciones de consumo, cuyo resultado fue la aparición del denominado Derecho del consumidor, al que califica como el principal fenómeno que ha irrumpido y sacudido el Derecho de la contratación en el último cuarto del siglo XX. Sin embargo, señala que la intervención del legislador en el contrato a través de normas imperativas se ha extendido al campo de las relaciones interempresariales, cuando advierte la existencia de posibles abusos a consecuencia de circunstancias de desequilibrio entre los contratantes, *ad. ex.* contratos de transporte, seguro y agencia. Su conclusión es que el Derecho del consumidor está funcionando como ariete de la reforma del Derecho general de contratos.

<sup>339</sup> Dos de los textos internacionales en que se inspira la Propuesta de Modernización del Código Civil están destinados específicamente a regular las relaciones entre empresarios o profesionales –Convención de Viena de 1980 y Principios Unidroit-, mientras que los PECL y el DCFR resultan de aplicación a toda clase de contratos, y, por tanto, establecen



parecen propias de una relación mercantil, como la batalla de formularios –art. 1.252-, y otras que se configuran expresamente con dicha naturaleza, como la confirmación escrita entre comerciantes o profesionales –art. 1.251, nº 2-. En nuestra opinión, la disyuntiva planteada no debe conducirnos a elegir una u otra dirección, sino a esforzarnos por lograr una convivencia armoniosa entre las mismas, que desemboque en una normativa que conjugue el fomento de la actividad empresarial con la debida protección de los que disponen de una capacidad limitada de decisión.

---

axiomas específicos para la protección de los consumidores, como excepciones a las reglas generales. También resulta importante destacar el influjo de estos instrumentos internacionales en la jurisprudencia española, que se sirve de estos textos uniformes en la resolución de litigios esencialmente civiles.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EXTINCIÓN DE LA PROPUESTA CONTRACTUAL

#### I. ESPECIAL REFERENCIA A LA REVOCACIÓN COMO MODO DE EXPIRACIÓN DE LA OFERTA

##### 1. PRINCIPIO GENERAL DE REVOCABILIDAD

###### a. REVOCABILIDAD VS. FUERZA VINCULANTE

La detenida lectura de diferentes autores, en el ámbito nacional y europeo, nos revela que la revocación es, tradicionalmente, uno de los aspectos más polémicos cuando se afronta el estudio de la formación del contrato, debido a las diferentes posturas adoptadas por los sistemas jurídicos en torno a la máxima de la fuerza vinculante de la oferta<sup>340</sup>. La defensa de dicha vinculación lleva inherente la existencia de un plazo, que comienza con la recepción y/o toma de conocimiento de la propuesta contractual por el destinatario, durante el cual el posible aceptante pueda evaluar la oferta recibida y adoptar una decisión acerca de su aceptación.

La importancia del efecto descrito se traduce en la instauración de un plazo de caducidad de toda oferta, salvo que la misma contenga disposición en contrario, o bien su autor o el legislador contemplen otro plazo diferente, o, por último, se trate de una oferta verbal<sup>341</sup>. Sin embargo, el vigor del aforismo señalado se extiende, en ciertos ordenamientos, hasta repercutir directamente sobre la facultad de revocación que, en principio, corresponde al oferente, ya que imposibilita su ejercicio durante ese plazo mínimo. De este modo, se entiende que la vinculación que surge para el autor de una propuesta contractual con motivo de la emisión de la misma no sólo se manifiesta en la fijación de un plazo mínimo de vigencia de

---

<sup>340</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI, “*Revocación de la oferta: un análisis desde la órbita del Derecho Uniforme (I)*”, AC, núm. 16, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 1879.

<sup>341</sup> GONZÁLEZ GOZALO (“*La formación ...*”, cit., pp. 685 y 686) explica que, en los contratos celebrados entre presentes, o entre personas distantes que utilizan medios de comunicación personal inmediata de carácter bidireccional, como el teléfono, lo razonable es que el destinatario de la oferta tenga que pronunciarse sobre ella sin solución de continuidad, es decir, en ese mismo acto de comunicación, salvo que el proponente le haya concedido un plazo de reflexión o éste se desprenda de las relaciones previas de las partes, de los usos o de las circunstancias del caso. De no aceptarse la oferta con dicha inmediatez, caducará. En los contratos celebrados a distancia a través de medios de comunicación interrumpida, el plazo razonable será el necesario para que el eventual aceptante, actuando de buena fe y con la diligencia exigible de acuerdo a las circunstancias, la reciba, la considere siquiera mínimamente, envíe la aceptación y ésta llegue a conocimiento del oferente. En el mismo sentido, MORENO QUESADA, “*La oferta de ...*”, cit., pp. 129 y 130. GONZÁLEZ GONZALO deduce la última conclusión de los artículos 18, 2) de la Convención de Viena de 1980 y 2.7 de los Principios Unidroit, según los cuales si el oferente no ha señalado expresamente la duración de su propuesta, la aceptación deberá recaer en un plazo razonable, atendidas las circunstancias del negocio y, en particular, la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente, regla que estima aplicable vía analogía a otros contratos.

dicha propuesta, sino en que deviene irrevocable durante dicho plazo<sup>342</sup>; contingencias que, a nuestro juicio, no son equiparables<sup>343</sup>.

Frente a la rotundidad de los términos en que se concreta el aforismo de la fuerza vinculante de la oferta, sus detractores se colocan en el extremo diametralmente opuesto, ya que sostienen la revocabilidad de la oferta con carácter absoluto, en atención a la libertad contractual del oferente y, por tanto, al poder omnímodo que ostenta sobre la misma. En consecuencia, los partidarios del principio general de la revocabilidad de la oferta afirman que el autor de una propuesta contractual está legitimado para revocar dicha propuesta sin ninguna cortapisa, siempre que respete, obviamente, el límite temporal máximo para ejercitar esa facultad que incide sobre la duración de la oferta.

La generalidad de la doctrina de nuestro país<sup>344</sup>, así como la jurisprudencia<sup>345</sup>, defiende la revocabilidad de la oferta y, en este punto, se alinea con la posición adoptada por la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos, ya pertenezcan al ámbito del *Civil Law*<sup>346</sup>, ya se encuentren bajo la órbita de influencia del *Common Law*<sup>347</sup>. La razón principal en que descansa esta postura estriba en que la recepción de una oferta por su destinatario no despierta confianza alguna que merezca ser protegida y, consecuentemente, esa propuesta no puede generar ningún tipo de vinculación para el oferente<sup>348</sup>.

---

<sup>342</sup> PUIG BRUTAU, “Fundamentos ...”, cit., p. 284 y COCA PAYERAS, p. 448.

<sup>343</sup> En el mismo sentido, MORENO QUESADA, “La oferta de ...”, cit., p. 183 y MENÉNDEZ MATO, “La oferta ...”, cit., pp. 82 y 190-191.

<sup>344</sup> GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., pp. 70 y ss.; ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ, op. cit., pp. 195-196 y 203 y Díez-PICAZO, “Fundamentos ...”, cit., p. 284. Por su parte, ALBALADEJO GARCÍA (“Derecho ...”, cit., pp. 386 a 388) dice que en nuestro país la regla es que la oferta puede ser “retirada” en cualquier momento antes de que el contrato se celebre, a pesar de que cierto sector de la doctrina científica prefiere entender que toda oferta lleva en sí, al menos implícitamente, un plazo de mantenimiento.

<sup>345</sup> STS, Sala de lo Civil, 20 abril 1904, 9 marzo 1929, 22 diciembre 1956, 10 marzo 1978, 7 junio 1986, 23 marzo 1988 y 5 diciembre 1996. Por el contrario, la STS, Sala de lo Civil, 7 marzo 1968, afirma que no es aplicable a la oferta de venta sometida a un plazo expreso para la aceptación, la doctrina asentada en la STS, Sala de lo Civil, 22 diciembre 1956. Esta última sentencia se refiere a la revocación de una oferta no sometida a plazo cuando ya ha transcurrido un lapso temporal razonable para aceptar, de donde podemos inferir que considera que toda oferta tiene un plazo de duración, expreso o implícito, durante el que no puede ser revocada, también llamado plazo de firmeza.

<sup>346</sup> CASTÁN TOBENAS (op. cit., p. 739) expone que el rigor del principio, de tradición romana, de que la oferta es revocable en todo momento se ha mitigado, y pone como ejemplo a la jurisprudencia francesa.

<sup>347</sup> LARA AGUADO (op. cit., p. 26) considera que la regla general de la revocabilidad adquiere más fuerza en el *Common Law* inglés, pues se defiende a ultranza la libertad del oferente de disponer de su propuesta, al no considerarse equitativo que el oferente quede ligado mientras que el destinatario de la oferta no tiene ninguna obligación. No obstante lo anterior, matiza que la facultad de revocación se somete a exigencias de comunicación al aceptante que, en la práctica, acercan sus resultados a la irrevocabilidad.

<sup>348</sup> GONZÁLEZ GONZALO (op. cit., pp. 686 y 687) defiende esta postura con base en tres argumentos. El primero se refiere a la inexistencia de apoyos, tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, para sustentar la regla general de la irrevocabilidad de la oferta, a pesar de que ese silencio ha propiciado un arduo debate sobre cuál debe ser la regla imperante en nuestro ordenamiento. La justificación de la revocabilidad de la propuesta contractual puede colegirse del hecho de que la simple oferta, en principio, no genera obligaciones para el oferente, sino que éstas dimanarían del contrato. En segundo término, la libre revocabilidad de la oferta, salvo que ésta sea firme, se prevé en el artículo 16, 1) de la Convención de Viena de 1980, texto que, según la doctrina mayoritaria, debe auxiliarnos a suplir las deficiencias de nuestros Códigos en materia de formación del contrato. En último lugar, el principio de la revocabilidad de la oferta es el que mejor encaja con la teoría voluntarista, por cuanto la revocación de la oferta excluye el concurso de voluntades

La posibilidad de encontrar una postura de consenso en la materia, que concilie las posiciones de las dos corrientes existentes, es inasequible. Por consiguiente, ante la tarea emprendida por los textos internacionales del Derecho Uniforme que inspiraron a los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil, la única solución factible fue elegir qué opción constituía la regla general e introducir la otra por vía de excepción<sup>349</sup>. En este sentido, todos ellos sientan el principio general de la revocabilidad de la oferta, marcan el momento en el que el oferente pierde su poder de disposición sobre su propuesta y establecen una serie de supuestos en los que la oferta adquiere la condición de irrevocable.

A fin de obtener una correcta perspectiva de este espinoso asunto, debemos retroceder hasta el Proyecto de Roma sobre la Formación de Contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales de 1958, el cual, en respuesta a la directa influencia ejercida por los países de tradición germánica, consideró que la oferta era irrevocable, salvo que el oferente se hubiese reservado tal facultad<sup>350</sup>. En la posterior Conferencia de La Haya de 1964 se consiguió alterar dicho régimen, a pesar de la enconada oposición demostrada por el entorno germánico<sup>351</sup>. De este modo, la regla general pasó a ser la revocabilidad –artículo 5 de la LUF– y se introdujo la irrevocabilidad en determinados supuestos expresamente regulados con carácter excepcional.

La Convención de Viena de 1980 no se apartó de la senda trazada por la LUF, por lo que la revocabilidad de la oferta continuó ostentando la consideración de principio general, aunque, durante su elaboración, se revisaron detenidamente las ocasiones excepcionales en que se permitía la irrevocabilidad<sup>352</sup>. A partir de este

---

requerido para la perfección contractual, y, al mismo tiempo, se consigue respetar el principio de responsabilidad por la declaración, es decir, el oferente que se arrepiente sólo podrá evitar la conclusión del contrato si comunica a la otra parte la revocación de su propuesta.

<sup>349</sup> Vid. los comentarios realizados al artículo 2.1.4 de los Principios Unidroit -versiones 2004 y 2010, -op. cit., p. 40.

<sup>350</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI, “*La oferta contractual...*”, cit., p. 201.

<sup>351</sup> Tal y como señala FERRARI (op. cit., pp. 144 y 145), debemos valorar adecuadamente que, tanto en Alemania como en los países de su influencia, el legislador ha fijado expresamente la irrevocabilidad de la oferta, en caso de que el oferente no se pronuncie acerca de la revocabilidad de su propuesta: § 145 B.G.B.; art. 7, párr. 1º Código de las Obligaciones suizo y art. 230 del Código Civil portugués. El autor expone que en la solución acogida por el área germánica quizás intervengan factores culturales como los que se expresan en el lema *ein Mann, ein Wort*; o bien influye la sospecha de que una oferta seguida de una revocación esconde una intención maliciosa, como sucede en los llamados tratos de mala fe emprendidos con el propósito de ocultar las verdaderas intenciones. Finalmente, también plantea la posibilidad de un intenso favor legislativo por la conclusión de los negocios, aun cuando suponga sacrificar la autonomía contractual del oferente, protegida, en cambio, en los países neolatinos y en los anglosajones. Por último, expone que los países ex socialistas también se incardinan en el entorno germánico: art. 211, párr. 1º Código Civil húngaro; art. 36, párr. 1º Ley yugoslava sobre las obligaciones; e, implícitamente, art. 43 a, párr. 3º Código Civil checo.

<sup>352</sup> Para un mayor detalle del aleccionador proceso histórico apuntado en el texto, vid. PERALES VISCASILLAS, “*La formación del ...*”, pp. 391 a 394. La autora nos relata los diversos cambios de redacción que hubo que superar para llegar al texto final del artículo 16 de la Convención de Viena de 1980, los cuales eran tributarios de las diferentes soluciones que acogían los sistemas jurídicos. De hecho, señala que las divergencias entre los países del *Civil Law* y del *Common Law* en cuanto a la fuerza vinculante de la oferta representaron uno de los mayores escollos en la unificación de las reglas sobre la formación del contrato. Asimismo, afirma que la irrevocabilidad pasó de ser la regla general a la excepción durante la Conferencia de La Haya, habida cuenta del acuerdo que existía en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que reconocen en mayor o menor medida la fuerza vinculante de la oferta por vía de excepción, y de que los países del área germánica

momento, la discusión sobre esta materia se trasladó a la configuración de los supuestos en que se admite que la oferta devenga irrevocable. Los restantes antecesores de la Propuesta de Modernización del Código Civil respetan las orientaciones marcadas por la Convención vienesa, si bien la redacción de los PECL y el DCFR se distancia de dicho instrumento vinculante y de los Principios Unidroit, con la intención, según se afirma, de eludir la oscuridad y equívocos que rodean a los textos vieneses y romano<sup>353</sup>.

Para finalizar, debemos mostrar nuestro estupor ante la postura adoptada por la Propuesta de Modernización del Código Civil, dado que no contempla en ninguno de sus preceptos la figura de la revocación, ni de la oferta, ni de ninguna otra declaración o manifestación de voluntad, ya sea limitada al proceso formativo del contrato, ya referida a todo el *iter* contractual. La única mención que se contiene en la citada Propuesta de Modernización con relación a esta materia es el artículo 1.248, que contempla los tres casos en que la oferta se puede configurar con carácter irrevocable<sup>354</sup>. Por consiguiente, es inevitable formular una severa crítica a la Propuesta de Modernización, ya que los redactores tuvieron que afrontar este problema, dada la atención prestada al instituto de la revocación por otros sistemas jurídicos y por nuestra doctrina y jurisprudencia, así como por la trascendencia práctica de la misma.

Sin embargo, a nuestro juicio, la redacción utilizada por la norma mencionada -en especial, la primera frase y el primer supuesto- parece apoyar la tesis de la revocabilidad de la oferta, salvo cuando concurren las excepciones señaladas expresamente en dicha norma<sup>355</sup>. En este sentido, en el artículo precedente y en el posterior, se prevén, respectivamente, la retirada y la extinción de la oferta por su rechazo, *“aun cuando ésta fuere irrevocable”*. Mediante el recurso al canon hermenéutico sistemático, podemos llegar a deducir que el empleo de la

---

insistían en que la irrevocabilidad era coherente con las necesidades de la vida moderna del tráfico, en el sentido de que la vinculación del oferente hasta la aceptación protege al destinatario de la oferta.

<sup>353</sup> La polémica se centra, especialmente, en torno al verdadero alcance de la fijación de un plazo para la aceptación. LANDO y BEALE, op. cit., pp. 232 y 233. Por su parte, DE CUEVILLAS MATOZZI (*“La oferta contractual ...”*, cit., pp. 223 y 224) reconoce que la redacción del artículo 2.1.4 (2) (a) mantiene las dudas y zozobras que generó su antecedente vienes, generando una interpretación ambivalente propiciada por la propia oscuridad del texto romano. Además, la versión castellana de los Principios Unidroit se separa del original en inglés, lo que ha generado mayor incertidumbre. El citado autor entiende, acertadamente, que debió aclararse la controversia, optando por una u otra postura, como se hizo en los PECL, donde se deja claro que la oferta que establezca un plazo fijo para aceptar se debe considerar irrevocable.

<sup>354</sup> De este modo, la Propuesta de Modernización del Código Civil no sólo no se pronuncia sobre la revocabilidad de la oferta, sino que se refiere a los supuestos de la irrevocabilidad de la oferta en términos que, como expone GASPARD LERA (op. cit., pp. 149 a 151), si bien siguen la estela de los textos armonizadores -PECL y DCFR- al procurar superar la ambigüedad de la Convención de Viena de 1980 y de los Principios Unidroit, sin embargo, se separa de soluciones generalmente aceptadas por nuestra doctrina y jurisprudencia.

<sup>355</sup> Artículo 1.248: *“La oferta será, sin embargo, irrevocable: 1º Cuando el oferente le hubiere atribuido ese carácter. 2º Cuando en la oferta se haya fijado un plazo para la aceptación, a menos que el oferente se haya reservado expresamente la facultad de revocarla. 3º Cuando el destinatario de la oferta hubiera podido confiar por las declaraciones o comportamiento del oferente en el carácter irrevocable de aquélla y hubiera realizado actos o negocios sobre la base de esta confianza”*.

expresión transcrita obedece a que los redactores de la Propuesta de Modernización concibieron la irrevocabilidad como supuesto excepcional, frente a la regla general de la revocabilidad de la oferta.

## **b. CARÁCTER RECEPTICIO DE LA REVOCACIÓN**

Aun cuando la inmensa mayoría de la doctrina española defiende, apropiadamente, la naturaleza recepticia de la revocación de la oferta, algún autor ha negado dicho carácter “sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código civil, cuando dispone que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento”. El argumento en que se apoya es la inexistencia del concurso de voluntades necesario para el nacimiento del contrato en el caso de que la aceptación llegue al oferente cuando éste ya ha emitido una declaración de voluntad para revocar la propuesta inicial<sup>356</sup>. De esta forma, bastaría la plasmación de la voluntad del proponente dirigida a extinguir su propuesta en una nueva declaración para que aquélla quedara revocada.

Por el contrario, el sector mayoritario, casi unánime, sostiene que refutar el carácter recepticio de la revocación colisiona con las reglas plasmadas en el Código Civil para la perfección del contrato, tanto antes como después de la reforma del artículo 1.262 introducida por la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico. Tampoco resulta coherente defender el carácter recepticio de la oferta y de la aceptación, por un lado, y establecer un régimen distinto para la revocación de la primera, por otro. Además, no hay justificación para la enorme ventaja que se le concedería al oferente, ya que, prácticamente, la conclusión del contrato quedaría a su arbitrio<sup>357</sup>. Por último, en nuestra opinión, se cometería una flagrante vulneración de los criterios más básicos de seguridad jurídica.

En cuanto a los textos de referencia para la Propuesta de Modernización del Código Civil, apuestan decididamente por el *principio de llegada* para la perfección de las declaraciones de voluntad emitidas en la fase de formación del contrato, e, incluso, algunos elevan su consideración como principio general. En cualquier caso, la redacción de los artículos dedicados a la revocación establece claramente que la declaración revocatoria debe llegar al destinatario para surtir sus efectos<sup>358</sup>.

## **2. EXCEPCIONES A LA REVOCABILIDAD**

---

<sup>356</sup> MORENO QUESADA, “La oferta de...”, cit., pp. 172 a 174.

<sup>357</sup> CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación, ...”, cit., pp. 90 a 94 y MARTÍNEZ GALLEGU, op. cit., pp. 64 y 65.

<sup>358</sup> SAN JUAN CRUCELAEGUI, op. cit., p. 113.

El citado artículo 1.248 de la Propuesta de Modernización del Código Civil contempla tres supuestos, al igual que los PECL y el DCFR<sup>359</sup>. Los redactores de dicha Propuesta escogieron este camino, en nuestra opinión, para eludir las dificultades que se presentaron a consecuencia del enfoque adoptado por la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit con relación a uno de los supuestos reconocidos habitualmente como causa de la irrevocabilidad de una oferta. No cabe más que felicitarnos por la selección tan oportuna de la Propuesta de Modernización y, además, porque no sólo logra despejar la incertidumbre asociada al texto vienés y al romano, sino que acrecienta la perspicuidad que, a nuestro juicio, debe regir este extremo capital.

#### a. ATRIBUCIÓN POR EL OFERENTE

Se presenta en los PECL, el DCFR y la Propuesta de Modernización como el primer supuesto de los tres que contemplan. En una primera lectura, podemos caer, erróneamente, en la simpleza de inferir que responde a la libertad contractual de la que disfruta el proponente para configurar la oferta<sup>360</sup>. Obviamente, la aseveración anterior obedece a un razonamiento cabal, cuyo fundamento último, es decir, la autonomía del oferente, nadie puede refutar. No obstante, fruto del análisis detenido de los dos antecedentes de los textos mencionados, así como de los diversos comentaristas que prestaron su atención y fino criterio a esta materia, podemos colegir que aparece como consecuencia de la fragmentación de uno de los dos supuestos reflejados en la Convención de Viena de 1980 y en los Principios Unidroit<sup>361</sup>.

En concreto, esos dos últimos instrumentos jurídicos internacionales prevén que la oferta es irrevocable si así lo indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo. La utilización del verbo “indicar” y de la expresión “de otro modo” en la proposición anterior es la que se refiere a este supuesto y se entiende que acoge la irrevocabilidad de la oferta por voluntad del oferente, mediante el empleo de

---

<sup>359</sup> Sin embargo, el DCFR se hace eco de una previsión completamente novedosa frente a las precedentes propuestas de armonización y, por supuesto, respecto a la Propuesta de Modernización del Código Civil. Nos referimos al artículo II-4:202 (4), según el cual “*Paragraph (3) does not apply to an offer if the offeror would have a right under any rule in Books II to IV to withdraw from a contract resulting from its acceptance. The parties may not, to the detriment of the offeror, exclude the application of this rule or derogate from or vary its effects*”. De este modo, una oferta no podrá considerarse irrevocable, a pesar de que, normalmente, esa sería su condición, cuando el proponente tenga derecho a desistir del contrato que resulte de su aceptación. Obviamente, tal y como confirman los comentarios realizados por los redactores (op. cit., p. 303), estamos ante una norma imperativa establecida como medida de protección de los intereses del oferente, ya que una oferta siempre será revocable cuando el oferente tenga derecho de desistimiento.

<sup>360</sup> Si contrastamos la redacción empleada por los PECL y el DCFR frente a la utilizada por la Propuesta de Modernización del Código Civil, detectamos que esta última se refiere expresamente a la decisión por el oferente, mientras que los PECL y el DCFR aluden a que es la propia oferta la que marca su esencia irrevocable. Sin embargo, creemos que esa diferencia no reviste ninguna trascendencia práctica, por cuanto, lógicamente, una propuesta contractual nunca podría indicar que es irrevocable si su autor no tuviese la autonomía necesaria para configurarla en ese sentido.

<sup>361</sup> Por esa razón, los PECL, el DCFR y la Propuesta de Modernización del Código Civil prevén tres excepciones al principio general de la revocabilidad de la oferta y, sin embargo, la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit sólo contemplan dos excepciones.

expresiones claras o de cualquier otro modo<sup>362</sup>. Asimismo, también se acepta la posibilidad de que el oferente no concrete el periodo durante el cual su oferta deviene irrevocable, dado que cabe entender fijado un plazo razonable<sup>363</sup>.

Por último, un sector doctrinal también reconoce que la irrevocabilidad se puede inferir de la propia oferta o de otras circunstancias, tales como las negociaciones preliminares, las prácticas establecidas entre las partes o los usos y, por supuesto, de la conducta o de otras declaraciones del oferente. En esta medida, para dicho sector el establecimiento de un plazo para emitir la aceptación también puede constituir un factor de interpretación acerca de la irrevocabilidad de la oferta<sup>364</sup>.

En consecuencia, hemos ponderado que resulta más pertinente orientar nuestras reflexiones a los otros dos supuestos cuyo análisis vamos a abordar y, al hilo del estudio del siguiente caso, desarrollar y extraer las deducciones oportunas en relación con el mismo y con el presente caso. Sin perjuicio de la disyuntiva expuesta, podemos apuntar que la doctrina española nunca ha cuestionado la posibilidad de que una oferta pueda llegar a configurarse como irrevocable, en especial cuando es el propio oferente el que dota de tal carácter a su propuesta<sup>365</sup>, como tampoco lo hace la jurisprudencia<sup>366</sup>.

En apoyo de esta contingencia, se esgrime el artículo 6, nº 2 de nuestro Código Civil, que permite la renuncia a los derechos reconocidos por la ley, siempre que ello no contrarie el interés o el orden público, ni perjudique a un tercero. La doctrina estima, acertadamente, que si se admite la dejación de los derechos subjetivos, no existe inconveniente para asumir que el oferente limite su poder de revocación, dado que ni siquiera estaríamos ante un derecho subjetivo, sino ante una facultad de configuración jurídica<sup>367</sup>. Por otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico, existen disposiciones que configuran ofertas necesariamente irrevocables

---

<sup>362</sup> DÍEZ-PICAZO, “*La formación del...*”, cit., pp. 15 y 16.

<sup>363</sup> SAN JUAN CRUCELAEGUI, op. cit., p. 113.

<sup>364</sup> PERALES VISCASILLAS, “*La formación del...*”, cit., pp. 426 y 427. La citada autora extrae su conclusión mediante la aplicación analógica del artículo 5, nº 3 de la LUF: “*Una indicación de que la oferta es firme o irrevocable puede ser expresa o resultar de las circunstancias, de las negociaciones preliminares, de cualquier práctica que hayan establecido entre sí o de los usos*”. Este precepto se suprimió durante la revisión de la LUF, al entender que estamos ante cuestiones de interpretación que, en la Convención de Viena de 1980, se situaron en la Parte General.

<sup>365</sup> GASPAR LERA (op. cit., p. 147) expone que en el Derecho español, así como en la mayoría de los derechos civiles continentales, no plantea ninguna duda la posibilidad de que el oferente configure su propuesta como irrevocable. Sin embargo, en el Derecho inglés, la doctrina y la práctica han sido contrarias a la idea de una irrevocabilidad nacida de la pura declaración del oferente, pues semejante autolimitación necesita de la existencia de una *consideration*, aunque se ha evolucionado hacia posiciones de mayor flexibilidad.

<sup>366</sup> STS, Sala de lo Civil, 22 diciembre 1956, 16 marzo 1961 y 7 marzo 1968.

<sup>367</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 1148 –La Ley– y PERALES VISCASILLAS, “*La formación del...*”, cit., p. 421.



en relación con materias muy diversas, sin que tales previsiones hayan originado censuras ni críticas<sup>368</sup>.

Por otro lado, la doctrina tampoco rechaza que el oferente pueda dotar de carácter irrevocable a su oferta de otras formas, siempre que pueda inferirse la voluntad de limitar su facultad de disposición de manera clara y terminante. La dificultad ínsita en esta situación es la determinación del plazo durante el cual la oferta deviene irrevocable. A tal fin, deberemos acudir a las circunstancias del caso, como la naturaleza del futuro contrato, a las prácticas establecidas entre las partes o a los usos. En última instancia, se apunta que serán los tribunales los que establecerán la duración del plazo, mediante la aplicación analógica del artículo 1.128 del Código Civil<sup>369</sup>.

### **b. FIJACIÓN DE UN PLAZO PARA LA ACEPTACIÓN**

Los PECL, el DCFR y la Propuesta de Modernización del Código Civil se inclinan por valorar que el establecimiento en la propia oferta de un intervalo concreto para su aceptación equivale a conformar su esencia como irrevocable<sup>370</sup>. En la práctica, es relativamente habitual que las propuestas contractuales contemplen un término específico para la aceptación e, inclusive, instauren dos plazos, uno para expresar el asentimiento y otro, normalmente más breve, durante el cual el oferente se compromete a respetar la duración de la vigencia de su propuesta<sup>371</sup>.

Sin embargo, los textos citados optan claramente por una equiparación total entre fijación de plazo para la aceptación y atribución de irrevocabilidad<sup>372</sup>, aunque, a nuestro juicio, esa equivalencia no puede restringir la autonomía del oferente. En consecuencia, esta excepción no operará cuando el autor de la oferta haya previsto que el efecto del establecimiento de un periodo definido para la aceptación sólo condicione la caducidad de la misma. En suma, el oferente puede destruir la

---

<sup>368</sup> Artículo 6 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; artículo 16 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo; artículo 23 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores y artículo 56 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

<sup>369</sup> MENÉNDEZ MATO, “*La oferta ...*”, cit., p. 191. Por su parte, CUADRADO PÉREZ (“*Oferta, aceptación, ...*”, cit., p. 119 y notas 269 y 271) cita la STS, Sala de lo Civil, 8 junio 1972, según la cual las dudas se deben resolver “[...] a favor de la mayor reciprocidad de intereses, sobre todo cuando se trata de la renuncia de determinados derechos por parte de alguno de los contratantes, que para ser válida debe acreditarse de manera explícita, clara y terminante –SS. 13 marzo 1958 y 4 octubre 1962– sin que pueda deducirse de expresiones o actos de equívoca significación”.

<sup>370</sup> La redacción utilizada por los tres textos mencionados, así como la de los dos instrumentos internacionales que les preceden, únicamente menciona el plazo para la aceptación, sin aclarar si, en ese lapso temporal, se ha de emitir la aceptación, o si también ha de recibirse dicha aceptación. Entendemos que, de acuerdo con la naturaleza recepticia de la aceptación y, en general, de todas las declaraciones comprendidas en el proceso de formación del contrato, esta excepción debe referirse a la llegada de la contestación del destinatario y, por tanto, que esa respuesta debe llegar al oferente dentro del periodo señalado.

<sup>371</sup> PERALES VISCASILLAS, “*La formación del...*”, cit., pp. 437 a 439.

<sup>372</sup> LANDO y BEALE, op. cit., pp. 232 y 233.

equiparación que estamos analizando y decidir que mantiene la facultad de revocación de su propuesta durante el transcurso del plazo señalado.

En este punto concreto, los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil reflejan adecuadamente la perspectiva desde la que se han aproximado a esta cuestión los PECL y el DCFR y exhiben un desarrollo muy apropiado de la postura adoptada por dichos instrumentos internacionales. De este modo, la Propuesta objeto de nuestra investigación señala expresamente que la delimitación en la oferta de un plazo para la aceptación no obsta para que el autor de una propuesta pueda reservarse la facultad de revocación de la misma a fin de ejercitarla durante el curso del intervalo fijado.

Ninguno de sus predecesores contempla esta probabilidad<sup>373</sup> y, sin perjuicio de que pueda argumentarse que su previsión no es necesaria, al considerarse amparada por el poder de disposición del oferente sobre su propuesta, sin embargo, valoramos muy oportuno el expreso reflejo de la misma. En primer lugar, ante las dificultades interpretativas que se desprenden de la opción elegida por la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit. En segundo lugar, por los problemas que ha encontrado el reconocimiento de que la mera fijación de un periodo para la aceptación de una propuesta contractual equivale a su conversión en irrevocable.

Además de compartir la viabilidad de la alternativa enunciada, también aprobamos que dicha elección haya de manifestarse de forma expresa, dado que, en caso de duda sobre la intención del oferente, nos veremos abocados a deducir que no puede ejercitar su potestad de revocación, dada la equiparación de la que parte la Propuesta de Modernización del Código Civil<sup>374</sup>. No obstante nuestro apoyo a la explícita protección de la facultad del oferente a revocar su propuesta a pesar de haber señalado un plazo para la aceptación, no debe confundirse con que concedamos nuestro aval a la previsión de que el mero establecimiento, en la propuesta contractual primigenia, de un lapso temporal para aceptar la misma equivalga a impedir la revocación de dicha oferta.

A nuestro modo de ver, semejante equivalencia atenta contra el principio general de revocabilidad imperante en nuestra tradición jurídica, en los sistemas

---

<sup>373</sup> A pesar de no recogerse categóricamente dicha contingencia en el artículo II.- 4:202 del DCFR, vid. los comentarios realizados al citado precepto (op. cit, p. 302), de los que podría inferirse que se admite que el oferente se reserve la posibilidad de revocar su propuesta en el caso de que señale un plazo para la aceptación de la misma.

<sup>374</sup> A pesar de que, conforme al artículo 1.289 del vigente Código Civil, el Tribunal Supremo ha entendido, en torno a las dudas acerca de la interpretación de los contratos –STS, Sala de lo Civil, 8 junio 1972-, que habrá que resolverlas en favor de la mayor reciprocidad de intereses, sobre todo cuando estamos ante la renuncia de ciertos derechos por parte de uno de los contratantes. Sin embargo, el canon hermenéutico al que nos referimos desaparece en la Propuesta de Modernización del Código Civil, por lo que no surgiría ninguna contradicción.

jurídicos de nuestro entorno y en la Propuesta de Modernización del Código Civil. Es más, consideramos que la mera fijación de un periodo temporal por el oferente para la aceptación no reúne los requisitos exigidos, con buen tino, por nuestro Alto Tribunal, para considerar que el proponente está igualmente limitando su derecho a revocar la oferta realizada<sup>375</sup>. De hecho, nos resulta difícil creer que los oferentes comprendan que cuando establecen un periodo de vigencia de su propuesta, también están renunciando a la posibilidad de revocar la misma, máxime si son particulares y pequeños empresarios o comerciantes. Por otro lado, si la filosofía subyacente a la equiparación planteada es la defensa de los intereses del aceptante, se puede lograr perfectamente mediante el instituto de la responsabilidad contractual<sup>376</sup>.

En cuanto al fondo de este asunto y, a nuestro juicio –tal y como acabamos de exponer-, de forma acertada, la doctrina nacional viene considerando mayoritariamente que la irrevocabilidad de la oferta no puede derivarse en exclusiva del establecimiento de un plazo de vigencia<sup>377</sup>, sino que debe constar claramente la intención del oferente de vincularse durante dicho intervalo<sup>378</sup>. La jurisprudencia se ha pronunciado en escasas ocasiones, pero, en tales casos, ha seguido la misma orientación que propone nuestra doctrina<sup>379</sup>. En el mismo sentido, también se afirma que, junto a la determinación de un plazo de duración, la irrevocabilidad debe desprenderse de otras circunstancias<sup>380</sup>.

Por lo que se refiere a la Convención de Viena de 1980, el artículo 16, 2) es, una vez más, otra evidencia de los compromisos que hubo que alcanzar para concordar las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados firmantes de la misma. Adelantamos en páginas precedentes que el texto vienés modificó las excepciones constitutivas de irrevocabilidad que contemplaba la LUF, y que dicho cambio fue sustancial. Sin embargo, la revisión acaecida no se alcanzó mediante un proceso

---

<sup>375</sup> En este sentido, podemos invocar de nuevo el principio general contenido en el artículo 6, nº 2 del Código Civil vigente, por el que se reconoce la renuncia a los derechos, si bien, como apropiadamente ha matizado la jurisprudencia, dicho abandono debe ser personal, claro, terminante e inequívoco, sin condicionante alguno y con expresión indiscutible del criterio de voluntad que la determine. Asimismo, el Tribunal Supremo ha reiterado en diversos pronunciamientos que no se permite su deducción de expresiones equívocas ni de actos de dudosa justificación (SSTS, Sala de lo Civil, 7 marzo 1989, 11 julio 1989 y 2 julio 1992).

<sup>376</sup> CUADRADO PÉREZ, “*La formación ...*”, cit., pp. 222 y 223.

<sup>377</sup> CARRASCO PERERA (op. cit., pp. 214 y 215) afirma que no existe a priori ningún fundamento para presumir que el oferente que fija un plazo para aceptar ha querido convertir su oferta en una propuesta irrevocable, sino que resulta más razonable deducir que habrá querido indicar que sólo serán efectivas las aceptaciones recibidas dentro de ese periodo. En base a la consideración expuesta, sostiene el citado autor que hay que partir de la regla de que el plazo no vale como irrevocabilidad, pero puede adquirir tal sentido cuando sea de esa condición o se haya realizado en tales términos que quepa esperar que la otra parte se compromete económicamente con la propuesta antes de emitir la aceptación, como sucede en los casos de los contratos en que la aceptación debe formalizarse por medio de documentos y procesos preparatorios costosos o cuando deben reunirse condiciones cuya adquisición exige un dispendio o inversión.

<sup>378</sup> CUADRADO PÉREZ, “*Oferta, aceptación, ...*”, cit., p. 118; MENÉNDEZ MATO, “*La oferta ...*”, cit., pp. 190 y 191 y PERALES VISCASILLAS, “*La formación del ...*”, cit., p. 422.

<sup>379</sup> STS, Sala de lo Civil, 17 diciembre 1993, en la que no se interpreta el plazo de la oferta en términos de irrevocabilidad.

<sup>380</sup> MARTÍNEZ GALLEGU, op. cit., p. 67.

pacífico y, como consecuencia de las enconadas discusiones producidas durante el mismo, en este supuesto se adoptó intencionalmente una ambigua redacción que da cabida a diversas interpretaciones.

El artículo 16, 2), a) de la Convención de Viena de 1980 dispone que la oferta no podrá revocarse “*Si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable*”. Por todo lo expuesto con anterioridad, no puede sorprender que indiquemos que, dentro de los supuestos excepcionales de irrevocabilidad de la oferta, la hipótesis más polémica sea la oferta con plazo fijo para su aceptación<sup>381</sup>. A efectos de encontrar una solución unívoca, podemos recurrir a la interpretación histórica y verificar la opción tomada por la precursora de la Convención citada. En consecuencia, debemos remontarnos hasta el artículo 5, n° 2 de la LUF, que establecía claramente que el establecimiento de un lapso temporal concreto para aceptar suponía la conversión de la oferta en irrevocable durante el transcurso del mismo<sup>382</sup>.

Sin embargo, esa previsión normativa no coadyuva a dilucidar el significado real de dicho plazo en el marco de la Convención vienesa. Hay que tener presente que la LUF acoge, en su inmensa mayoría, las orientaciones propias del entorno germánico, lo que originó la escasa aceptación de la misma. Precisamente, esa fue la razón por la que los supuestos excepcionales de irrevocabilidad fueron objeto de un profundo examen durante la elaboración de dicha Convención. Por otro lado, el enfrentamiento entre las tesis germanistas –que defienden la irrevocabilidad de la oferta mediante la fijación de un plazo para la aceptación- y la del resto de países firmantes –que sostienen que esa fijación afecta a la caducidad de la oferta-, debería haberse resuelto claramente con la toma de una u otra postura.

Por el contrario, según se desprende de la redacción utilizada, el mencionado precepto no apuesta decididamente por una de las dos corrientes y, por tanto, queda sumido en la penumbra el verdadero alcance de la sujeción de la aceptación a un plazo concreto<sup>383</sup>. De esta forma, se abren dos interpretaciones factibles: bien que la simple inclusión de un periodo determinado para la contestación del destinatario transforma la oferta en una propuesta irrevocable, bien que no es suficiente para producir ese resultado, salvo que la fijación de tal plazo, en conjunción con otras circunstancias, nos autorice a inferir la voluntad del oferente de conferir a la oferta

---

<sup>381</sup> DÍEZ-PICAZO, “Artículo 16”, VVAA *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998, p. 174.

<sup>382</sup> PERALES VISCASILLAS, “*La formación del...*”, cit., pp. 427 a 431. El tenor literal del artículo 5, n° 2 de la LUF es “*Después de que una oferta haya sido comunicada al destinatario puede revocarse a menos que la revocación no se haga de buena fe o de acuerdo con prácticas comerciales justas, o que la oferta establezca un plazo fijo para la aceptación o que indique de cualquier manera que es firme o irrevocable*”.

<sup>383</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI, “*Revocación...*”, cit., p. 1.890, nota 34.

la condición de irrevocable<sup>384</sup>. Un sector doctrinal glosa la norma mencionada únicamente en el segundo de los sentidos expuestos<sup>385</sup>.

Sin embargo, a pesar de que otra corriente científica mantiene que la confusa redacción del precepto conduce a una interpretación ambivalente, terminan por defender que no se puede identificar la delimitación de un plazo para aceptar con la atribución a la oferta de la nota de irrevocabilidad. Se aduce que estamos ante nociones con diferente significación, que los efectos que se derivan de cada una de ellos son distintos y que la irrevocabilidad es una circunstancia excepcional, por lo que ha de ser objeto de una exégesis restrictiva. También se argumenta que el establecimiento de un periodo determinado para la respuesta del destinatario beneficia a los dos eventuales contratantes, mientras que el plazo de irrevocabilidad de la oferta sólo favorece al posible aceptante.

Los Principios Unidroit no se apartan de su antecesora, por lo que tampoco se decantan en cuanto al significado del establecimiento en la oferta de un plazo para aceptar. La doctrina se ha encargado de advertir que, aunque la redacción del artículo 2.1.4 (2) (a) ampara dos posibles soluciones, la probabilidad de declarar la irrevocabilidad de una oferta debe ser taxativa, ya que la regla general contenida en el propio precepto es la revocabilidad<sup>386</sup>. Además, los comentarios relativos al precepto en cuestión vienen a complicar, aún más si cabe, la comprensión del verdadero alcance del mismo. Por un lado, se reconoce que, en ocasiones, el señalamiento de un plazo fijo para la aceptación puede calificarse como una manifestación implícita de la irrevocabilidad de la oferta. A tales efectos, habrá que analizar cada caso concreto y aplicar los diversos cánones hermenéuticos previstos para los contratos.

Por otro lado, y sin perjuicio de los contratiempos señalados, el auténtico inconveniente radica en que los Principios Unidroit preconizan un criterio totalmente aleatorio y, cuanto menos, subjetivista. Nos referimos a la posibilidad de calificar la fijación de un plazo en la oferta como presunción de irrevocabilidad o revocabilidad en función de que el oferente pertenezca a un sistema jurídico en el que dicho señalamiento se valore como indicio suficiente de irrevocabilidad o no<sup>387</sup>. A nuestro juicio, resulta inadmisibles para un texto de Derecho Uniforme que pretende ofrecer un mínimo de seguridad al comercio internacional y como medio de consecución de tal objetivo, entre otros, invoca la uniformidad de su interpretación.

---

<sup>384</sup> PERALES VISCASILLAS, “*Formación, VVAA Comentario...*”, cit., pp. 120 y 121.

<sup>385</sup> SAN JUAN CRUCELAEGUI, op. cit., p. 114.

<sup>386</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI, “*Revocación...*”, cit., p. 1.891.

<sup>387</sup> Vid. los comentarios al precepto reseñado en el texto –versiones 2004 y 2010–, op. cit. p. 41.

### c. CONFIANZA EN EL CARÁCTER IRREVOCABLE DE LA OFERTA

La tercera y última excepción al principio general de revocabilidad aparece como novedad en la Convención de Viena de 1980, si bien algunos autores apuntan que puede rastrearse el origen de esta previsión hasta el artículo 5, n° 2 de la LUF, porque éste exige que la revocación se efectúe de buena fe o de acuerdo a las prácticas comerciales justas. El artículo 16, 2, b) prevé que la oferta no podrá revocarse “*Si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta*” y la redacción empleada por los instrumentos jurídicos posteriores es muy similar. De nuevo, podemos afirmar que la Propuesta de Modernización mejora a sus predecesores<sup>388</sup>, ya que el precepto explicita con mayor detalle las características del supuesto, aunque, incomprensiblemente, elude exigir la razonabilidad de la confianza del destinatario.

El fundamento de este supuesto excepcional descansa, una vez más, en el criterio de la razonabilidad<sup>389</sup>, aplicado en este caso a la confianza que los actos o las declaraciones del oferente despiertan en el destinatario acerca de la conclusión del contrato. Por nuestra parte, consideramos que refleja la relevancia adquirida por la conducta de las partes, dato al que prestamos especial atención en nuestra investigación. Asimismo, también consideramos que se trata de una norma creada en aras de la protección del eventual aceptante. En esta línea, se alega que la tutela de esa razonable certeza refuerza la confianza en el tráfico<sup>390</sup>. Otros autores ubican el soporte de esta excepción en el *principio de la buena fe* que preside las relaciones

---

<sup>388</sup> Artículo 1.248, 3°: “*Cuando el destinatario de la oferta hubiera podido confiar por las declaraciones o comportamiento del oferente en el carácter irrevocable de aquella y hubiera realizado actos o negocios sobre la base de esta confianza*”.

<sup>389</sup> SAN JUAN CRUCELAEGUI (op. cit., pp. 74 y 75) estudia los criterios de la Convención de Viena de 1980 para la integración de sus lagunas y destaca que, además del recurso a la analogía, se debe acudir, como ya hemos indicado anteriormente, a los principios generales subyacentes a la misma. El citado autor señala especialmente el principio de la buena fe, cuyo reconocimiento y alcance es objeto de una ardua polémica doctrinal. Sin perjuicio de lo anterior, considera que, como consecuencia del mismo, también cabe defender la existencia de otros principios, entre los cuales menciona el principio de la protección de la confianza inducida y el principio de la razonabilidad o adecuación de la conducta de las partes. De acuerdo a la esencia del primero, la parte que hubiere inducido una determinada situación de confianza, que hubiera sido determinante para la actuación de la otra parte, deberá quedar vinculada por la situación creada, y entiende que resulta aplicable, entre otros, al supuesto de hecho del artículo que estamos analizando. La distinción con relación a la prohibición *venire contra factum proprium* la sitúa en que ésta no presupone una situación de confianza. En cuanto al principio de la razonabilidad, este autor indica que puede invocarse el principio general contenido en el artículo 8 de la Convención vienesa, en cuya virtud habrá que emplear, con carácter general, un criterio objetivo, cimentado en el comportamiento de una ordenada persona media o normal situada en un trance análogo, aun cuando también habrán de valorarse las circunstancias excepcionales y los usos internacionales.

<sup>390</sup> PERALES VISCASILLAS (“*La formación del...*”, cit., pp. 449 y 450 y notas 107, 108 y 109) explica que esta excepción se inspira en una figura propia del *Common Law*, denominada «*detrimental reliance doctrine*» o dependencia perjudicial, más conocida como «*promissory estoppel*». De esta forma, si bien la regla general en el mundo del *Common Law* para que una oferta se considere como irrevocable es la existencia de una promesa acompañada de *consideration* suficiente, la excepción es que este instituto se sustituya por la confianza, aunque dicha excepción sólo se contiene en el *Restatement Second of Contracts* (sección 90) y no se reconoce en el Reino Unido. También indica que, entre los puntos de acercamiento entre los sistemas jurídicos del *Civil Law* y *Common Law* se cita habitualmente el *estoppel* en relación con la doctrina de los actos propios. De esta manera, el fundamento de la excepción analizada se encuentra muy cercano a instituciones propias de los sistemas de corte romano-germánico, como la protección de la buena fe a través del dogma de la *culpa in contrahendo*, del abuso del derecho y de la prohibición *venire contra factum proprium*, que apuntan a responsabilizar al oferente por la mala fe demostrada al revocar la oferta.

precontractuales, dado que se trataría de responsabilizar al oferente a causa de haber revocado su propuesta mediante una actuación calificable de mala fe<sup>391</sup>.

En los comentarios realizados al artículo 2.1.4 (2) (b), se aclara que estamos ante la aplicación de un principio general introducido en la edición de los Principios Unidroit realizada en 2004. Se trata de un axioma reconocido con vocación universal en los sistemas jurídicos del *Civil Law*: la prohibición de comportamientos contradictorios –*venire contra factum proprium*–, que redundaría en la seguridad del tráfico comercial internacional<sup>392</sup>. Asimismo, se exige la concurrencia cumulativa de las mismas condiciones que en el texto vienés, por lo que, junto a la confianza inducida del comportamiento o manifestaciones del proponente, se exige que las expectativas creadas en el destinatario se concreten en actos de disposición patrimonial<sup>393</sup>. Por último, debemos destacar que el apartado (4) del artículo II.-4:202 del DCFR introduce una innovación, según la cual no se admitirán las excepciones al principio general de revocabilidad si el oferente tiene derecho a desistir del contrato, al amparo de alguna de las reglas contenidas en los Libros II a IV<sup>394</sup>.

Este es el supuesto más controvertido para la doctrina española, aunque coincidía en señalar las mismas premisas sobre las que debe sustentarse la protección del destinatario que los textos en que se inspiró la Propuesta de Modernización<sup>395</sup>. Por este motivo, sólo comenzó a valorar dicha posibilidad como consecuencia de la incorporación de la Convención de Viena de 1980 a nuestro ordenamiento jurídico. Algún sector doctrinal considera que no se puede transponer este supuesto a los contratos nacionales o domésticos<sup>396</sup>, pero la tendencia mayoritaria no rechaza la aplicación de dicha hipótesis, e insiste en la necesidad de que existan elementos objetivos que permitan evaluar la confianza suscitada en el destinatario como merecedora de protección<sup>397</sup>.

### **3. RESPONSABILIDAD A CAUSA DE LA REVOCACIÓN**

---

<sup>391</sup> Por su parte, DÍEZ-PICAZO (“*La formación del...*”, cit., pp. 17 y 18) alude a que la excepción contemplada es una aplicación del principio de la confianza, que, a su vez, es una derivación de la regla de la buena fe.

<sup>392</sup> PERALES VISCASILLAS, “*Formación, VVAA Comentario...*”, cit., p. 121. Además, DE CUEVILLAS MATOZZI (“*La oferta contractual...*”, cit., p. 229) afirma que “Esta segunda excepción a la norma general viene a recoger el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos –*venire contra factum proprium*– o en lenguaje del sistema anglosajón, en la doctrina del *detrimental reliance* o confianza perjudicial, más conocida como *promissory estoppel*”.

<sup>393</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI (“*La oferta contractual...*”, cit., p. 229) expone que se tiende a objetivar este requisito, por lo que, para que exista una confianza digna de protección, se requiere que las declaraciones o los comportamientos del oferente sean susceptibles de generarla, que la confianza pueda despertarse de forma objetiva en personas que actúan de modo diligente y, finalmente, se requiere una actuación positiva del destinatario que encuentre su fundamento en la propuesta emitida, como un contrato con terceras personas, encargo de dictámenes, etc.

<sup>394</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, op. cit., p.120. Estamos ante una norma imperativa ya que el precepto señala que las partes no podrán excluir o derogar la aplicación de esta previsión, ni variar sus efectos.

<sup>395</sup> MARTÍNEZ GALLEGO, op. cit., pp. 68 y 69.

<sup>396</sup> MENÉNDEZ MATO, “*La oferta...*”, cit., p. 192.

<sup>397</sup> DÍEZ-PICAZO, “*Fundamentos...*”, cit., pp. 366 y 367.

El precursor de la categoría de la responsabilidad precontractual, Rudolf VON IHERING (o JHERING)<sup>398</sup> -quien, en 1861, publicó un trabajo en el que acuñó un novedoso concepto en dicha época, la *culpa in contrahendo*, y construyó una teoría que perdura en nuestros días- abordó el estudio de la responsabilidad que se puede suscitar en aquellos casos en los que se emite una oferta que, posteriormente, es revocada<sup>399</sup>. Aunque la premisa de la que parte la obra de IHERING se circunscribe a los supuestos de nulidad dimanantes de la discordancia entre la voluntad interna, o lo realmente querido, y la voluntad externa, o lo declarado, el propio autor extrapola sus conclusiones a otros casos.

Según la clasificación llevada a cabo por el propio IHERING, nos encontramos tres grupos: el primero, referido a la incapacidad de las partes; el segundo, relativo a la incapacidad del objeto; y el tercero, concerniente a la incertidumbre de la voluntad contractual<sup>400</sup>. Sin ánimo exhaustivo, consideramos relevante destacar que, en el último de los grupos, hay que diferenciar entre los supuestos de incertidumbre en la declaración y en la propia voluntad. De esta manera, en la primera subdivisión, se integran los supuestos de anulabilidad por error inexcusable, mientras que, en la segunda, se incluyen aquellos casos en que no

---

<sup>398</sup> MEDINA ALCOZ (op. cit., pp. 86 a 88) señala que el análisis de esta cuestión es patrimonio casi exclusivo del *Civil Law* y destaca la labor desarrollada por la doctrina francesa, italiana, suiza y, obviamente, alemana. Por su parte, VIGURI PEREA, A. (“*En pro de un desconocido: los tratos preliminares*”, *Libro homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. 3º, Universidad de Almería, 2000, p. 1856) razona que el menor desarrollo de esta materia en el ámbito anglosajón responde a la falta de aceptación de un principio general de actuación conforme a la buena fe. Además, destaca la ausencia de toda referencia a los tratos preliminares en el *Contract Code*, que es el proyecto de Código para una posible unificación del Derecho inglés y escocés, llevado a cabo por Harvey MCGREGOR. En la misma dirección, CUADRADO PÉREZ, “La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (Parte I), *RCDI*, núm. 744, julio-agosto 2014, pp. 1.722 y 1.723.

<sup>399</sup> El maestro alemán se planteó la necesidad de justificar la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la parte que había confiado en la validez de un contrato y que, sin embargo, acaba resultando ineficaz por causas existentes con anterioridad a su celebración. Como señala MANZANARES SECADES, A. (“La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”, *ADC*, T. 37, 1984, pp. 716 a 722), debemos tener presente el contexto histórico en el que IHERING desarrolla su construcción doctrinal. Nos referimos a la contraposición entre los partidarios de la *teoría de la voluntad* y los de la *teoría de la declaración*, a la hora de decidir si prevalece la voluntad o la declaración en caso de divergencia. El autor alemán defiende la primera de las teorías mencionadas y, por tanto, que el error esencial debe constituir un motivo de anulación del contrato. Pero también muestra su preocupación por el hecho de que el destinatario de la declaración negocial viciada sea resarcido de las pérdidas que pueda sufrir por confiar en la validez de un contrato que, posteriormente, es anulado (cfr. MANZANARES SECADES, “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*”, *ADC*, T. 38, 1985, pp. 980 y 981). La conclusión a la que llegó IHERING es que el vendedor debe responder frente al comprador, pero no por razón de la nulidad del contrato, sino porque era, o debía ser, conocedor de la causa generadora de dicha nulidad y no previno al comprador, por lo que permitió la celebración de tal contrato e, indefectiblemente, tendrá que responder de los daños y perjuicios que ello le suponga al comprador. Por consiguiente, el fundamento de la responsabilidad del vendedor descansaba en la culpa en que incurrió durante la fase previa a la celebración del contrato o fase *in contrahendo* (GARCÍA RUBIO, “La responsabilidad ...”, cit., p. 29). En conclusión, las partes deben adecuar su conducta a una diligencia exigible en esta fase precontractual –diligencia *in contrahendo*– que les exige comunicarse las posibles causas de invalidez del contrato que estén negociando (ASÚA GONZÁLEZ, “La culpa ...”, cit., p. 28 y MANZANARES SECADES, “La responsabilidad ...”, cit., p. 721). El objetivo final es proteger la confianza que una parte deposita en las declaraciones emitidas en los primeros momentos del *iter* contractual, de forma que, si ve frustrada dicha confianza, el causante responda, mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiera causado con su conducta. ALONSO PÉREZ (op. cit., pp. 868 y 869) manifiesta que la doctrina alemana es la que mejor ha estudiado este tema y establece casi unánimemente la ecuación: relación precontractual = relación de confianza.

<sup>400</sup> ASÚA GONZÁLEZ, “La culpa ...”, cit., p. 29; MANZANARES SECADES, “La naturaleza de...”, cit., pp. 979 a 981; GARCÍA RUBIO, “La responsabilidad ...”, cit., p. 29.



se llega a celebrar el contrato pero se emite una oferta que, posteriormente, es revocada<sup>401</sup>.

Como corolario, se ha de destacar que el objetivo de IHERING no era la formulación de una teoría general sobre la responsabilidad por culpa –en sentido amplio– en el proceso de formación del contrato, sino respaldar la responsabilidad del contratante que haya causado la nulidad del contrato. Ésta se concreta en la indemnización del interés negativo, se fundamenta en el contrato nulo y encuentra su razón de ser en la culpa en la que se ha incurrido durante la formación del contrato, imbricada, e incluso identificada, con la propia conducta del sujeto<sup>402</sup>.

Un dato que debemos valorar debidamente es que, como hemos avanzado, el Derecho alemán parte del *principio de la irrevocabilidad de la oferta*, ya sea durante el plazo establecido expresamente por el oferente o, en su defecto, durante un plazo razonable para que el destinatario valore la oferta y emita su respuesta<sup>403</sup>. En el extremo opuesto, se sitúan los ordenamientos de corte romanista, al defender la revocabilidad de la oferta, si bien también adelantamos que esta posición se ha venido mitigando a nivel legislativo y jurisprudencial<sup>404</sup>.

La doctrina entiende que la problemática que subyace a la polémica planteada es la eventual fuerza vinculante de la oferta, cuestión que acabamos de abordar, por lo que nos ceñiremos estrictamente a su relación con la responsabilidad precontractual<sup>405</sup>. En torno a esta controversia, los autores aprecian, al igual que IHERING, que si el oferente revoca la oferta en tiempo y forma, pero el destinatario tiene conocimiento de tal revocación después de haber aceptado la oferta, el contrato no se entiende celebrado.

---

<sup>401</sup> GARCÍA RUBIO, “*La responsabilidad ...*”, cit., pp. 29 y 30.

<sup>402</sup> ASÚA GONZÁLEZ, “*La culpa ...*”, cit., pp. 28 y 29.

<sup>403</sup> Sin embargo, hay que tener en cuenta que el parágrafo 145 del B.G.B. establece que la persona que dirige una oferta a otra para concluir un contrato queda obligada por la oferta, salvo que el oferente haya excluido dicha vinculación. La doctrina se sirve del citado precepto para afirmar el principio de la irrevocabilidad de la oferta, a pesar de que su dicción literal no alude a dicha figura. En línea con la interpretación expuesta, y de acuerdo con la libertad contractual imperante en el ordenamiento jurídico alemán, así como en los pertenecientes a la órbita germanista, también podemos inferir de la segunda parte del parágrafo analizado que el oferente puede configurar su propuesta como revocable.

<sup>404</sup> CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pp. 738 a 743. Sin embargo, Díez-Picazo (“*Fundamentos...*”, cit., p. 363) mantiene que la regla es la revocabilidad. Por su parte, LACRUZ BERDEJO (“*Elementos ...*”, cit., p. 376) también sostiene dicha regla, salvo que el oferente se haya obligado a mantener la oferta durante un cierto periodo de tiempo, pero matiza que si la oferta se ha hecho al público en general o mediante carta u otro medio de correspondencia, el oferente debe quedar vinculado por su propuesta durante un tiempo prudencial en el que razonablemente podría llegar la aceptación.

<sup>405</sup> Por otro lado, la necesidad de que la propuesta contractual cristalice una intención definitiva del oferente de vincularse a fin de poder calificarla como una auténtica oferta, no ha de confundirse con la condición de irrevocabilidad que puede ostentar. Aunque la definición de oferta que se contiene en el artículo 2.1.2 de los Principios Unidroit –versiones 1994, 2004 y 2010– es, a nuestro juicio, más rigurosa que la contenida en el primer párrafo del artículo 1.246 de la Propuesta de Modernización del Código Civil, por lo que se refiere al requisito que estamos examinando, PERALES VISCASILLAS (“*Formación*”, *VVAA Comentario...*”, cit., p. 113) aclara de modo muy oportuno “[...] que la intención de la que habla el **Artículo** es la de quedar obligado por el contrato; no se refiere, pues, a la intención de no revocar o retirar la oferta”.

Sin embargo, resulta más discutible si, como sostiene el autor alemán, surge la responsabilidad del oferente de indemnizar los daños y perjuicios causados al destinatario por dicha revocación. Por otro lado, en la teoría de IHERING también se permite al oferente eximirse de dicha responsabilidad de dos formas: mediante la previa comprobación de que el destinatario no ha aceptado o, en conexión con la anterior, condicionando su revocación al hecho de que no haya aceptado el destinatario<sup>406</sup>.

No existe una respuesta unitaria en la doctrina, ni en la jurisprudencia, pero la conclusión que expusimos es que se observa una evolución hacia posturas menos rigoristas, que las derivadas de la rígida aplicación del principio general de la revocabilidad de la oferta. En consecuencia, los autores se han visto abocados a admitir la reparación de los daños y perjuicios causados por la revocación de la oferta, aunque fundamentada en diversos, e incluso contradictorios, argumentos<sup>407</sup>.

Se arguyen como razones principales la protección de la buena fe del aceptante y la seguridad del tráfico. Un sector doctrinal defiende que ambas circunstancias abocan a la concesión de un plazo razonable, a fin de que el destinatario pueda proceder a su aceptación y que ésta sea conocida por el oferente, sobre todo en caso de contratación entre ausentes, aunque el oferente no lo haya establecido. Otros autores, sin embargo, defienden que debe probarse cumplidamente la mala fe del oferente, por cuanto la oferta es revocable en todo momento, al tratarse de un acto jurídico unilateral<sup>408</sup>.

Por lo que se refiere a la oferta irrevocable, la doctrina actual se muestra conforme en que la revocación no produce efecto alguno, de modo que si el destinatario acepta la oferta, el contrato se perfeccionará<sup>409</sup>. Los problemas surgen cuando el oferente celebra el contrato con un tercero, antes de que recaiga la aceptación del primigenio destinatario. En términos generales, se acoge la posibilidad de que sea resarcido mediante una indemnización a cargo del oferente y, cuando el tercero sea de mala fe, de forma solidaria con éste.

Sin embargo, no se puede predicar el consenso acerca de la eventual impugnación del contrato celebrado con el tercero por el destinatario que ha visto frustradas sus expectativas con el objetivo de conseguir una restitución *in natura*. La mayoría de la doctrina rechaza que las declaraciones unilaterales sean fuente de obligaciones, aunque algunos consideren que la oferta irrevocable constituye una clara excepción. De este modo, se perfila la oferta irrevocable como un deber

---

<sup>406</sup> GARCÍA RUBIO, “La responsabilidad ...”, cit., p. 146

<sup>407</sup> CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pp. 741 a 743.

<sup>408</sup> CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación, ...”, cit., p. 104.

<sup>409</sup> DIEZ PICAZO, “Fundamentos...”, cit., p. 364 y GARCÍA RUBIO, “La responsabilidad ...”, cit., p. 144.

jurídico, aunque más cualificado que los deberes universales, por lo que, en consecuencia, se hace derivar de su incumplimiento únicamente una acción de tipo indemnizatorio<sup>410</sup>.

Por lo que concierne a la institución de la responsabilidad precontractual, hemos de indicar que la doctrina recurre frecuentemente a la consideración de que dicha responsabilidad es una figura de contornos difusos, dado que engloba supuestos muy heterogéneos, y ello dificulta la construcción de una categoría sistemática<sup>411</sup>. Asimismo, se aduce que dicha situación aboca a proceder al análisis particularizado de los diversos supuestos que, en el devenir de su desarrollo, se han admitido generalizadamente como constitutivos de responsabilidad precontractual. Por tanto, los criterios para determinar la posible exigencia de responsabilidad precontractual en el supuesto de revocación de la oferta y las conclusiones que podríamos extraer no serían extrapolables a otros supuestos.

En nuestra opinión, el único factor que puede aportar claridad en esta materia es el fundamento en el que se apoya la responsabilidad precontractual, dado que es el único punto en el que existe consenso doctrinal: la buena fe *in contrahendo*, aunque tampoco cierra taxativamente las dudas, ya es un concepto jurídico indeterminado. En este sentido, la doctrina se muestra conforme con el hecho de que, antes de la conclusión del contrato, no cabe hablar, en puridad, de una relación contractual, pero sí reconoce que se establece una relación diferente de la mera convivencia entre individuos<sup>412</sup>. Asimismo, también se admite que dicha situación implica que las partes deben sujetar su actuación a unas pautas de comportamiento, cuyo incumplimiento acarrea la reparación de los posibles daños que se hubieran ocasionado.

A lo largo de la evolución doctrinal que ha experimentado la responsabilidad precontractual, se han intentado localizar los apoyos necesarios para caracterizar de forma singular la relación que surge cuando se desarrollan las negociaciones en orden a la futura celebración de un contrato. Con dicho objetivo, los autores prestaron su atención a la doctrina alemana, que se ha ocupado extensamente de este tema, y a la *teoría del "contacto social"*<sup>413</sup>, pero, en este momento, podemos

---

<sup>410</sup> GARCÍA RUBIO, "La responsabilidad ...", cit., pp. 145 y 146 y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., pp. 1135 a 1154 –La Ley–.

<sup>411</sup> MEDINA ALCOZ, op. cit., p. 3 y nota 27 y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*", *RCDI*, 1995, p. 757.

<sup>412</sup> LACRUZ BERDEJO, "Elementos ...", cit., p. 380.

<sup>413</sup> ALONSO PÉREZ, op. cit., p. 888; CUADRADO PÉREZ, "Oferta, aceptación, ...", cit., p. 42; MEDINA ALCOZ, op. cit., p. 81 y LACRUZ BERDEJO, "Elementos ...", cit., p. 380.

asegurar que la doctrina está de acuerdo en que, en la fase precontractual, las partes deben comportarse de acuerdo a los dictados de la buena fe<sup>414</sup>.

De esta forma, frente al *principio de libertad contractual*, cuya aplicación se podría reivindicar en este momento del *iter* contractual, dado que nos referimos a la perspectiva del libre albedrío en cuanto a la decisión de contratar, aunque no exista una relación jurídica de la que se deriven derechos y obligaciones concretos para las partes, se contrapone la vigencia de otro principio de, al menos, igual importancia: sujeción de la conducta de las partes a las exigencias derivadas de la buena fe<sup>415</sup>.

Además, la posición doctrinal mayoritaria considera que la buena fe a cuyas exigencias deben adecuar su comportamiento las partes en la fase preparatoria del contrato es la buena fe en sentido objetivo. En consecuencia, las partes deben respetar un estándar o modelo de conducta objetivo e imperante en la sociedad y, por consiguiente, observar unos deberes de actuación basados en la corrección y en la lealtad. De esta forma, la vulneración de tales deberes por una de las partes defraudaría la confianza de la contraparte en el correcto desenvolvimiento de los tratos preliminares y le legitimaría para exigir la reparación de los daños que ello le hubiera ocasionado<sup>416</sup>.

Asimismo, dado el carácter objetivo de la buena fe que preside las negociaciones tendentes a la celebración de un contrato, la doctrina mayoritaria entiende que la infracción de los deberes de conducta en que se plasma no requiere de una intención dañosa o maliciosa, sino que bastará la mera inobservancia de tales deberes para que nazca la responsabilidad del infractor<sup>417</sup>. Sin embargo, ALONSO PÉREZ matiza ese posicionamiento y sostiene que la responsabilidad precontractual surge a causa de conductas dolosas y por cualquier vulneración consciente de la legítima confianza de las partes, pero no por la mera negligencia. Obviamente, siempre que dicha conducta hubiera generado daños<sup>418</sup>.

---

<sup>414</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ (“*El ámbito de...*”, cit., pp. 750 y 751) afirma que “La operatividad de la buena fe en la fase de preparación del contrato encuentra múltiples justificaciones en nuestro Derecho. En primer lugar, la aplicación analógica del artículo 1258 CC extendiéndolo a la etapa prenegocial. En segundo lugar, cabe ponderar también la aplicación directa de la cláusula general contenida en el artículo 7.1 CC, en relación con los derechos ejercitables en la etapa precontractual. Por último, se puede acudir a la eficacia de la buena fe como principio general del Derecho (art. 1.4 CC), que obliga a las partes no sólo a comportarse lealmente y con diligencia en el desenvolvimiento de las relaciones obligatorias ya constituidas, sino también a adoptar un comportamiento legal y diligente en la fase previa a la constitución de dichas relaciones”. En el mismo sentido, MANZANARES SECADES, “*La responsabilidad...*”, cit., p. 700 y ALONSO PÉREZ, op. cit., pp. 889 y 916.

<sup>415</sup> GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, M., “La responsabilidad precontractual en el Derecho Contractual Europeo”, *Indret*, núm. 2/2010, Barcelona, abril 2010, p. 24 y ASÚA GONZÁLEZ, “*La culpa...*”, cit., p. 251.

<sup>416</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, “*El ámbito de...*”, cit., p. 750 y LACRUZ BERDEJO, “*Elementos...*”, cit., p. 380.

<sup>417</sup> CUADRADO PÉREZ, “*Oferta, aceptación,...*”, cit., p. 45; MANZANARES SECADES, “*La responsabilidad...*”, cit., pp. 760 y 761 y ASÚA GONZÁLEZ, “*La culpa...*”, cit., p. 287.

<sup>418</sup> El citado autor se apoya en dos argumentos. El primero se concreta en el respeto a la autonomía de las partes, que está muy presente en esta fase al no existir todavía un contrato que las vincule. El segundo se relaciona con el favorecimiento

Sin perjuicio de reconocer la importancia del estudio de esta materia realizado por el reputado civilista mencionado, la doctrina mayoritaria rechaza sus argumentos y mantiene que vulneración de la buena fe *in contrahendo* puede obedecer a cualquier conducta de las partes que no resulte conforme con la buena fe y la lealtad y corrección en los tratos que resultan exigibles en el periodo de formación del contrato, ya sea dolosa, *cuasidolosa* o sencillamente culposa. También se razona que el respeto a las exigencias derivadas de la buena fe asegura que el tráfico jurídico se desarrolle de forma ordenada y en condiciones de corrección y lealtad, lo que redundaría en la seguridad jurídica de los operadores<sup>419</sup>. Asimismo, en la práctica no podría exigirse responsabilidad por actuaciones precontractuales, dado que la inmensa mayoría se podrían calificar como culposas o negligentes, pero no dolosas<sup>420</sup>.

A pesar de la conformidad mostrada en los puntos mencionados, muchos autores también describen la dificultad que supone la falta de concreción de la buena fe *in contrahendo*. Se reconoce el deber específico de las partes de actuar conforme a la buena fe en la fase precontractual, pero las exigencias que se derivan de tal principio no están plenamente determinadas. De este modo, el estándar de conducta que las partes deben observar dependerá de diversos factores, como, entre otros, el momento histórico, el desarrollo de la sociedad, el tipo de contrato y, por supuesto, de la cualificación profesional de las partes. Desde una perspectiva más positiva, se defiende que dicha circunstancia permite la adaptación del principio a los cambios que indefectiblemente se producen en el entorno económico y social en el que se desenvuelve la contratación<sup>421</sup>.

En consecuencia, es comentario generalizado en la doctrina que la falta de concreción del contenido de la buena fe *in contrahendo* nuevamente impide que la responsabilidad precontractual se pueda consolidar como un tipo autónomo e independiente. En la misma dirección, se constata que dicha responsabilidad

---

del tráfico económico-jurídico, ya que, según el autor mencionado, si se reconociera la existencia de responsabilidad precontractual por actuaciones meramente negligentes, se coartaría la libertad de las partes y se limitaría su iniciativa en el ámbito económico, con la consiguiente reducción del tráfico. En cualquier caso, el hecho de que ALONSO PÉREZ defienda la responsabilidad precontractual como producto de una conducta desleal, ya sea dolosa o gravemente culposa, que origine daños, no excluye la sanción del comportamiento culposo o meramente negligente, aunque encontraría su encaje dentro de la responsabilidad extracontractual o *aquiliana* y no en una responsabilidad específicamente precontractual –op. cit., p. 914–.

<sup>419</sup> CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación, ...”, cit., pp. 45 y 46.

<sup>420</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, “El ámbito del...”, cit., p. 760. Por su parte, ASÚA GONZÁLEZ (“La culpa ...”, cit., p. 286) apunta que “Si bien hoy se entiende que no es necesario para considerar que existe dolo que quien actúa lo haga con el propósito de dañar, sí ha de haber una intención deliberada de sustraerse a sus obligaciones, es decir, una voluntad de infringir la obligación.(...) Decir, por lo tanto, que sólo las conductas dolosas pueden dar lugar a responsabilidad supondría, en la práctica, que no se exigiera responsabilidad por actuaciones precontractuales, porque en la mayor parte de las ocasiones podrán juzgarse como gravemente negligentes pero no dolosas, precisamente porque doloso *no es cualquier acto intencional* sino el que, además, se realiza con conocimiento de su ilegalidad y esto en el terreno precontractual es de muy difícil prueba”.

<sup>421</sup> CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación, ...”, cit., pp. 46 y 47.

engloba una serie de hipótesis dispares que no permiten dar una solución unívoca, sino que requieren una respuesta diferente<sup>422</sup>. De esta forma, hay autores que hacen depender la caracterización de la naturaleza de la responsabilidad generada y el contenido de la indemnización del supuesto concreto<sup>423</sup>. De hecho, ante la dificultad de agrupar las diferentes categorías de casos, algunos autores se centran exclusivamente en la enunciación y descripción de las diversas pautas de conducta que deben observar las partes<sup>424</sup>.

## **II. OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA OFERTA**

Además de la revocación por el oferente, extremo analizado específicamente en el epígrafe anterior porque su importancia trasciende de su consideración como mera causa de extinción de la oferta, en la dinámica contractual pueden acaecer otros sucesos que motiven la pérdida de virtualidad de la propuesta inicial. No existe una clasificación reconocida unánimemente por la doctrina, por lo que nos serviremos del criterio que, en opinión de varios autores, así como en la nuestra, resulta más lógico: el origen de la declaración o actuación extintiva<sup>425</sup>.

En ciertos casos, la expiración de la oferta obedece a la actuación llevada a cabo por su autor para lograr dicha finalidad, en cuyo caso nos situamos frente a la retirada de la oferta, si ese retiro es recibido -o conocido- por su destinatario antes o al mismo tiempo que la propuesta inicial, o frente a la revocación, si dicha retractación es recibida -o conocida- después de la propuesta inicial. También cabe encuadrar en este grupo la realización de ofertas sucesivas por el oferente, de contenido diverso y antagónico con relación a la primigenia, aunque no se aborda

---

<sup>422</sup> GARCÍA RUBIO, “La responsabilidad ...”, cit., pp. 22 y 23.

<sup>423</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ (“El ámbito de...”, cit., pp. 761 a 779) distingue tres grupos de casos como integrantes de la responsabilidad precontractual: En primer lugar, cuando el contrato no se celebra –entre otros, incluye los supuestos de ruptura injustificada de las negociaciones-; en segundo lugar, cuando el contrato es inválido –entre otros, incluye los supuestos de dolo, error esencial imputable a la otra parte y prestación originariamente imposible- y, en tercer lugar, cuando el contrato es válido. Sin embargo, ASÚA GONZÁLEZ (“La culpa ...”, cit., pp. 246 a 250 y pp. 260 a 262) propone que el campo de la responsabilidad contractual abarque sólo los supuestos en los que se han interrumpido las negociaciones y aquellos en los que el contrato es inválido, bien porque es nulo *ab initio*, bien porque se ha procedido a su anulación. Concluye que no cabe invocar la idea de responsabilidad precontractual cuando se trate de un contrato válido que resulte insatisfactorio, independientemente de si el mismo se ejecuta o termina por resolverse pues, aún entonces, la indemnización se haría desde una óptica contractual. De esta forma, según señala la citada autora, sólo cabe hablar de responsabilidad precontractual cuando se hayan realizado “[...] actos lesivos en el periodo de preparación y formación del contrato pero el mismo o bien no se ha celebrado o bien tiene algún defecto en su conformación que hace que el ordenamiento le prive de efectos desde el principio (nulidad) o permita a alguna de las partes impugnarlo (anulabilidad). En estos dos últimos casos no se trataría de un defecto en la realización del programa de prestaciones previsto por las partes sino, fundamentalmente, de un obstáculo a la validez. Por ello considero que no cabe hablar de responsabilidad precontractual en aquellos supuestos en los que existe una obligación indemnizatoria a cargo de quien, de alguna forma, ha incumplido el tenor contractual o, si se quiere, ha provocado con su actitud en el periodo preparatorio una lesión del derecho de crédito del acreedor.”

<sup>424</sup> ALONSO PÉREZ, op. cit., p. 907 y CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación, ...”, cit., pp. 48 a 65.

<sup>425</sup> PERALES VISCASILLAS (“La formación del ...”, cit., pp. 371 a 373) explica que, desde que la oferta se independiza de su autor, se sujeta al evento de diversas anomalías que pueden afectar a su existencia, dentro de los cuales se comprenden acciones del oferente y del aceptante encaminadas a poner fin a la oferta. Asimismo, señala que tanto la retirada como la revocación forman parte del poder del oferente de cambiar de opinión acerca de su deseo de celebrar un futuro contrato, mientras que el rechazo y la contraoferta son manifestaciones de la extinción de la oferta por la actuación del ofertado.

por la Propuesta de Modernización del Código Civil, ni por los instrumentos jurídicos de Derecho Uniforme en que se apoya, ni por el DCFR, y tampoco se afronta por todos los autores.

En las restantes hipótesis, el origen de la extinción de la oferta se asocia a una actuación o inacción del eventual aceptante. Nos referimos al rechazo de la propuesta inicial, sin necesidad de que el destinatario de la propuesta alegue razón alguna; a la caducidad del ofrecimiento realizado por el oferente debido al transcurso del tiempo sin que exista respuesta de su destinatario; y a la formulación de una contraoferta por el receptor de la oferta primitiva, que supone el repudio de ésta.

Igualmente, debemos hacer alusión a varias vicisitudes que, sin perjuicio de provocar la extinción de la oferta, consideramos que no encajan en la clasificación expuesta por diferentes motivos. En primer lugar, debemos aludir a la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente, que también puede predicarse del aceptante con relación a la respuesta que emita este interviniente. El hecho de que este acontecimiento responda a coyunturas objetivas inesperadas y que afecte a las dos declaraciones generalmente indispensables para el nacimiento del contrato, nos ha persuadido de la conveniencia de analizarlo separadamente, a fin de desarrollar un examen conjunto de las circunstancias que rodean al mismo<sup>426</sup>. Además, tales sucesos no desembocan inevitablemente en la pérdida de eficacia de la oferta o aceptación.

En segundo lugar, resulta conveniente que hagamos mención a la imposibilidad inicial del objeto del futuro contrato. En este caso, no hemos encontrado un reconocimiento doctrinal unánime respecto a su identificación como motivo de la desaparición de la propuesta originaria, aun cuando su efecto, hasta la fecha, sea precisamente el indicado. Sin embargo, abordaremos brevemente este supuesto para resaltar la novedad crucial que representa la Propuesta de Modernización del Código Civil, dado que este proyecto de reforma modifica sustancialmente las consecuencias que se derivan del mismo.

En tercer lugar, hemos decidido esbozar las líneas principales del supuesto denominado cruce de ofertas, aunque tampoco ha sido merecedor, en el plano doctrinal, de la consideración general como causa de extinción de la oferta. A nuestro juicio, la objeción fundamental reside en su escaso reflejo en la realidad de la contratación, más que en defectos técnicos que impidan su inclusión entre los motivos que originan el fin de la oferta. Nuestra intención es ofrecer todo el elenco

---

<sup>426</sup> Asimismo, el artículo 1.256 de la Propuesta de Modernización del Código Civil también encara este supuesto de forma conjunta para la oferta y aceptación, y sólo la concurrencia de las circunstancias recogidas en dicho precepto producirá el cese de la efectividad de las declaraciones mencionadas.

de posibilidades, aun cuando no todas revistan análoga importancia, ni reciban similar observación por los autores. Lógicamente, dedicaremos mayor atención a aquellos supuestos que, mediante una ponderación global, presenten más interés a efectos de la presente investigación.

Por último, hemos de citar la aceptación, para puntualizar que recibirá una atención particular en el Capítulo siguiente. En puridad, esa manifestación del destinatario de la oferta conlleva el mismo efecto que todos los supuestos enunciados en los párrafos precedentes, esto es, la extinción de la oferta; sin embargo, su finalidad es completamente diferente<sup>427</sup>. El asentimiento del receptor de la proposición primigenia supone la culminación del objetivo último de toda oferta, que, como hemos señalado en varias ocasiones, no es otro que la celebración del contrato proyectado en dicha propuesta. De este modo, la oferta no desaparecería, sino que se integraría en el contenido del futuro contrato, aunque no sea en su totalidad. Por el contrario, los demás eventos señalados frustran ese objetivo, ya que, en definitiva, impiden la perfección contractual.

## **1. TRANSCURSO DEL PLAZO**

Si la oferta no se ve afectada por alguna de las anomalías a las que acabamos de hacer alusión, puede llegar a expirar por el transcurso de un determinado lapso temporal, fenómeno que, habitualmente, recibe el nombre de caducidad<sup>428</sup>. Desde nuestra perspectiva, esta hipótesis constituye el reverso de otro tema que, debido a su trascendencia, admite su traslado al ámbito propio de la aceptación. La alusión se refiere al periodo temporal del que disfruta el eventual aceptante para responder al proponente. En este punto, se abren, al menos, dos interrogantes: si cabe propugnar la existencia de un plazo mínimo de vigencia de la oferta y, en el lado opuesto, la necesidad de un límite temporal máximo de duración de la misma.

Por otro lado, debemos apuntar los factores que pueden delimitar el lapso temporal de efectividad de la propuesta inicial y, a su vez, de validez para la aceptación. En concreto, son tres: la ley, el propio oferente y los criterios subsidiarios en defecto de los anteriores. Normalmente, las intervenciones del legislador se exteriorizan para perfilar el plazo de vigencia máximo de la oferta en sectores

---

<sup>427</sup> PERALES VISCASILLAS, “*La formación del ...*”, cit., p. 465.

<sup>428</sup> No obstante la equiparación expuesta, hemos preferido utilizar una expresión distinta porque los autores conceden diferente significación a dicho término. Entre los que entienden que la caducidad de la oferta alude al transcurso de su plazo de vigencia o duración máxima en un sentido estricto, podemos citar, entre otros, a MENÉNDEZ MATO, “*La oferta ...*”, cit., p. 210 y a DE CUEVILLAS MATOZZI, “*La oferta contractual ...*”, cit., p. 243. En cambio, le otorga un significado amplio, como sinónimo de pérdida de eficacia jurídica de la propuesta contractual, CAPILLA RINCERO, op. cit., p. 4561. Por su parte, la jurisprudencia emplea con una acepción únicamente temporal el término “caducidad” cuando alude al plazo de ejercicio de la opción concedido al optante –STS, Sala de lo Civil, 26 enero 1988, 9 octubre 1989 y 30 junio 1994–.



concretos<sup>429</sup>. En cuanto al control que puede ejercer el oferente respecto al plano temporal en que se desenvolverá su propuesta, normalmente se circunscribe a su sujeción a un término final preciso. Sin embargo, goza de la oportunidad de delimitar otros aspectos, como el momento inicial de la vigencia de la oferta<sup>430</sup>, y que, a su vez, se corresponde con el instante a partir del cual el eventual aceptante puede expresar su anuencia válidamente. Asimismo, el proponente también puede designar el medio a través del que el destinatario ha de remitir su respuesta, en coordinación con el plazo señalado.

En aquellos casos en que ni la ley ni el oferente hayan marcado el límite temporal de la vigencia de la oferta, la doctrina y la jurisprudencia acuden a un axioma al que hemos aludido con cierta frecuencia en la presente investigación: *el criterio de la razonabilidad*<sup>431</sup>. En consecuencia, habrá que valorar de manera adecuada las circunstancias que envuelven la propuesta, a fin de determinar la extensión temporal de su efectividad. La razón última de esta posibilidad descansa en la convicción generalizada de que la duración de toda oferta debe estar acotada por un plazo, es decir, que no son factibles las ofertas indefinidas<sup>432</sup>. En caso contrario, se aduce que el oferente se encontraría sometido a una espera ilimitada, lo que atenta flagrantemente contra la seguridad jurídica, por lo que debe verse liberado por el transcurso del tiempo<sup>433</sup>.

---

<sup>429</sup> No obstante, existen ordenamientos jurídicos que regulan el tiempo de vigencia de la oferta. Algunos lo hacen sobre la base de establecer un plazo de tiempo concreto, que se aplica a toda situación, sin tener en cuenta las diversas peculiaridades que pueden surgir, como el Código Civil portugués, que fija un plazo de 8 días en el artículo 652. Otros adoptan una postura parecida a los Principios Unidroit, como el Código Civil italiano, que, en su artículo 1.326, párr. 2º y 4º, distingue entre el plazo señalado por el oferente y el ordinariamente necesario para que la respuesta le llegue de acuerdo con la naturaleza del asunto o de los usos (DE CUEVILLAS MATOZZI, “*La oferta contractual ...*”, cit., p. 245 y nota 78).

<sup>430</sup> SCALS PELLICER, “*Oferta*”, cit., p. 383 y MENÉNDEZ MATO, “*La oferta ...*”, cit., p. 188.

<sup>431</sup> A pesar de ser una expresión característica de los juristas del *Common Law*, ello no obsta para que también la utilice, y cada vez más, nuestra doctrina. Vid. CAPILLA RONCERO, op. cit., p. 4561 y DE CUEVILLAS MATOZZI, “*La oferta contractual ...*”, cit., p. 247.

<sup>432</sup> ENNECCERUS y NIPPERDEY, op. cit., p. 155 y GARCÍA AMIGO, “*Lecciones ...*”, cit., p. 180. Por su parte, MENÉNDEZ MATO (“*La oferta ...*”, cit., pp. 203 y 204, nota 514) nos indica que la generalidad de los ordenamientos aplican el criterio de la razonabilidad, como en Italia, Alemania, Inglaterra, Austria y USA. Sin embargo, según cita de CRISCUOLI, la situación en Francia no está tan definida, por cuanto en ausencia de expresas indicaciones, el tiempo durante el cual es preciso aceptar la oferta oscila entre el mencionado criterio de la razonabilidad, que es el mayoritario, y el minoritario, que defiende la vigencia indefinida de la oferta. También cita a RAVAZZONI, que reflexiona sobre la posibilidad de que el oferente señale un plazo de vigencia excesivamente amplio, o incluso, elimine expresamente el límite temporal. Para este último autor, la ley concede al oferente la posibilidad de fijar un término expreso, pero no de descartar la duración limitada de las propuestas contractuales, por lo que, en tal caso, se tendrá por no puesta la cláusula en cuestión y se aplicarán las normas supletorias previstas en el artículo 1.326, nº 2 del Código Civil italiano –naturaleza del negocio y usos-. En cambio, entiende válida la designación de un periodo temporal amplio, pero determinado, siempre que haya sido manifestado con una voluntad seria, responda a un comportamiento de buena fe y no sea incompatible con la naturaleza del contrato que se pretende concluir.

<sup>433</sup> GONZÁLEZ GOZALO (“*La formación ...*”, cit., p. 685) alude también al deber de buena fe del destinatario de la oferta, que no puede pretender aceptarla válidamente cuando ya no es esperable su aceptación. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, STS, Sala de lo Civil, 22 diciembre 1956, 23 marzo 1988, 3 noviembre 1993 y 2 marzo 2004. Resulta muy ilustrativa ésta última, por cuanto nuestro más alto tribunal consideró que no se llegó a perfeccionar el acuerdo de división del patrimonio ganancial propuesto por el marido antes de iniciar el procedimiento de separación, ya que cuando recayó la aceptación de la esposa, ocho años más tarde y siendo firme la sentencia dictada en el procedimiento de divorcio, la oferta realizada por el marido había caducado, por no tener sentido al haber resuelto la cuestión planteada el órgano judicial.

Sin perjuicio de que la opinión generalizada destaca que deberá atenderse al supuesto concreto a efectos de determinar la permanencia de la oferta en el tiempo, se apuntan una serie de circunstancias que, con carácter general, ayudan a delimitar ese plazo. La jurisprudencia acude a la naturaleza del negocio, a la complejidad o sencillez de la propuesta, al valor económico de la oferta y a los usos del negocio<sup>434</sup>. Por su parte, la doctrina completa el citado elenco con la sugerencia de ponderar la materia sobre la que versa la oferta<sup>435</sup>, el medio de comunicación empleado en la transmisión de la propuesta, los usos y el tiempo que pueda necesitar el eventual aceptante para elaborar su respuesta.

Evidentemente, en nuestro Código Civil no encontramos contestación a la interpelación planteada, pero sí hallaremos soluciones tanto en la Propuesta de Modernización del Código Civil como en los instrumentos jurídicos internacionales en los que se apoya para la reforma que propone. En línea con lo que hemos avanzado en párrafos precedentes, estos textos afrontan esa cuestión al establecer un plazo para la aceptación y sentar la obligación de que ésta sea tempestiva, es decir, que ha de llegar –o ser conocida– por el oferente durante el curso del intervalo previsto. En consecuencia, nos remitimos al epígrafe en el que abordaremos la tempestividad de la aceptación, incluido en el Capítulo siguiente, por cuanto afrontaremos con el detalle necesario todos los aspectos planteados.

No obstante la remisión indicada, entendemos oportuno avanzar que la Propuesta de Modernización del Código Civil y sus predecesores contienen una regulación similar. Parten de la exigencia de la aceptación dentro del plazo fijado por la oferta y, en su defecto, durante un periodo temporal razonable, que se fija en función de diversas circunstancias, donde observamos ciertas diferencias, que analizaremos con mayor profundidad<sup>436</sup>. Asimismo, la Convención de Viena de 1980, los Principios Unidroit y la Propuesta de Modernización consagran la

---

<sup>434</sup> STS, Sala de lo Civil, 3 noviembre 1993 y SAP, Salamanca, 26 diciembre 1995. En cuanto a los usos, STS, Sala de lo Civil, 11 septiembre 1981, 7 junio 1986 y 23 marzo 1988.

<sup>435</sup> COCA PAYERAS (op. cit., p. 449) señala dos casos en que resulta más fácil la delimitación del periodo temporal de vigencia: la oferta de venta de productos perecederos o de servicios a prestar en un determinado día.

<sup>436</sup> El recurso al plazo razonable como criterio subsidiario a fin de determinar el periodo para la aceptación es una actitud que podemos encontrar en todos los textos que regulan esa circunstancia. El artículo 21 del *Contract Code* (McGREGOR, op. cit., pp. 44 y 45) establece que la oferta caduca cuando transcurra el periodo establecido para la aceptación, o un plazo razonable si no se especificó el tiempo. El autor nos comenta que la respuesta a la cuestión de cuál sea el lapso temporal razonable siempre dependerá de las circunstancias particulares, pero es posible proporcionar ciertas indicaciones, como en el caso de que las partes negocien en circunstancias en las que pueden verse y oírse, en el que, por lo general, el tiempo de la aceptación no debe prolongarse más allá de su encuentro o conversación. Asimismo, también señala que, normalmente, la circunstancia más importante será la naturaleza del negocio. Igualmente, la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea también contempla el criterio subsidiario del plazo razonable a falta de un periodo fijado por el oferente, si bien no contempla ninguna eventualidad que ayude a concretarlo.

distinción entre las ofertas verbales, que deben ser aceptadas inmediatamente, y las demás<sup>437</sup>.

#### **a. PLAZO MÍNIMO. FUERZA VINCULANTE DE LA OFERTA**

La rúbrica del presente apartado hace referencia a la controversia surgida en torno a si el oferente está obligado a mantener la oferta durante un periodo mínimo, lo que, a su vez, nos coloca en la tesitura de dilucidar si, además, la oferta vincula al oferente durante ese lapso temporal, de tal manera que no pueda ejercitar su facultad de revocación hasta el transcurso de dicho plazo<sup>438</sup>. Queremos insistir en la trascendencia de este debate porque se extiende a todos los supuestos de emisión de una oferta.

De esta forma, en los supuestos en que ni la ley ni el oferente establecen expresamente un plazo obligatorio de duración de la oferta, la incertidumbre se cierne sobre la existencia de un periodo de vigencia de la oferta, durante el cual su destinatario podrá ponderar si la acepta o no y el oferente no podrá revocarla. En los casos en que, por obra de la ley<sup>439</sup> o por decisión del proponente, la oferta permanezca vigente durante un periodo concreto, la disputa se centrará en determinar si el oferente puede revocar su propuesta mientras no finalice dicho lapso temporal.

En el epígrafe anterior introdujimos la tensión existente entre los partidarios de la revocabilidad de la oferta sin cortapisas, cuya primacía es tradicionalmente

---

<sup>437</sup> En nuestra opinión, esta diferencia se proyecta sobre las ofertas transmitidas por medios instantáneos, entre las que cabe incluir a las ofertas verbales, y las remitidas por medios no instantáneos. En el mismo sentido, vid. los comentarios realizados por los redactores al artículo 2.1.7 de los Principios Unidroit (op. cit., pp. 47 y 48). Por parte de la doctrina, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, op. cit., p. 160 y MORENO QUESADA, “*La oferta de ...*”, cit., p. 124.

<sup>438</sup> MORENO QUESADA (“*La oferta de ...*”, cit., pp. 182 y 183) adopta una postura intermedia, ya que entiende que el establecimiento de un plazo no supone de modo absoluto una renuncia a revocar la oferta durante ese tiempo, sino que dependerá de las expresiones utilizadas por el oferente en cada caso concreto.

<sup>439</sup> Nuestro legislador regula expresamente el plazo de vigencia de determinadas ofertas: el artículo 6 de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, establece que la proposición de seguro por el asegurador vinculará a éste durante un plazo de quince días; el artículo 8 de la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo, cuyo título es “*Oferta vinculante*”, prevé que el prestamista que ofrezca un crédito a un consumidor estará obligado a entregarle antes de la celebración del contrato, si el consumidor así lo solicita, un documento con todas las condiciones del crédito en términos idénticos a lo establecido en el artículo 10 para la información previa al contrato, como oferta vinculante que deberá mantener durante un plazo mínimo de catorce días naturales desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él – al igual que hacía su predecesor, el artículo 16 de la Ley 7/1995-; o el artículo 16 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación a tales fines, cuyo título también es “*Oferta vinculante*”, el cual establece que, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la empresa, la oferta tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega. Por otra parte, hemos de resaltar que el legislador no sólo establece el plazo mínimo y/o máximo de duración de estas propuestas contractuales, sino que también determina la irrevocabilidad de las mismas durante ese periodo inexcusable de vigencia. Con anterioridad al Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, el artículo 25.2 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, en cuanto a la duración de los periodos de rebajas, establecía que la duración de cada periodo de rebajas sería, como mínimo, de una semana y, como máximo, de dos meses y el artículo 31.1 de la misma norma legal, señalaba que la oferta de venta en liquidación tendría una duración máxima de tres meses, salvo en el caso de cesación total de actividad, que sería de un año. Tras la modificación legal introducida por la norma reseñada, en el primer caso, se consagra la libertad total del comerciante para la duración y establecimiento de los periodos de rebajas y, en el segundo caso, se amplía el periodo a un año, si bien se limita la posibilidad de efectuar una nueva liquidación en los tres años siguientes.

notable, y los defensores de la fuerza vinculante de la oferta, que se localizan en los sistemas jurídicos pertenecientes al ámbito germánico<sup>440</sup>. En los restantes sistemas jurídicos, tanto del *Civil Law* como del *Common Law*, se estima que una propuesta contractual no puede generar ninguna confianza en su receptor y, por tanto, el autor de la propuesta no puede quedar obligado a causa de la emisión de ésta durante un plazo mínimo.

Asimismo, también se justifica la inexistencia de un determinado periodo de vigencia de la oferta, durante el cual ésta devenga obligatoria, en el hecho de que los intereses del aceptante quedan perfectamente protegidos a través de la responsabilidad precontractual. De este modo, cuando la revocación de la propuesta contractual provoque daños al destinatario, el oferente estará obligado a resarcirlos<sup>441</sup>. Nos plantea dudas si el receptor de la oferta debería probar adecuadamente la mala fe del oferente, ya que la premisa de partida descansa en el convencimiento de la revocabilidad de la oferta, pero no admite discusión la necesidad de prueba acerca de la realidad y concreción del perjuicio<sup>442</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, otra corriente doctrinal estima razonable que, a pesar de que el oferente no lo fije, la propuesta debe gozar de un plazo mínimo de vigencia que permita al eventual aceptante examinarla, tomar una decisión y comunicarla, si bien el oferente sigue manteniendo la posibilidad de revocar tal propuesta<sup>443</sup>. Lógicamente, la dificultad radica en la selección de los criterios en función de los cuales se concretará ese plazo. En este sentido, los autores que la sostienen entienden que habrá que respetar los deberes inherentes al *principio de la buena fe* y atender tanto a las circunstancias de cada caso concreto como a los usos del tráfico.

Por el contrario, ciertos autores mantienen que los países del entorno germánico optan por sostener que la mera emisión de la oferta genera un vínculo obligatorio, dado que, según el Código Civil alemán, el oferente no puede revocarla hasta que transcurra el tiempo suficiente para que el destinatario la pueda valorar y decidir si la acepta<sup>444</sup>. De este axioma se hace derivar que los sistemas germanistas apoyan la irrevocabilidad de la oferta, aunque debemos matizar semejante aserto.

---

<sup>440</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 69) explica que la idea de que la oferta debe mantenerse durante cierto tiempo se impuso en el Código prusiano de 1794, el de comercio alemán de 1861 y el de comercio italiano de 1882.

<sup>441</sup> ALONSO PÉREZ, op. cit., p. 913 y ALBALADEJO GARCÍA, “*Derecho ...*”, cit., pp. 386 y 387, nota 19.

<sup>442</sup> GASPAR LERA (op. cit., pp. 143 y 144) sostiene que si el aceptante de buena fe hubiera sufrido daños derivados de la revocación, por ejemplo, en el caso de que hubiera comenzado la ejecución al confiar en la celebración del futuro contrato, el oferente deberá indemnizarlos. Ahora bien, la citada autora pone de relieve que dicha responsabilidad no derivaría de la revocación en sí misma, sino de los gastos realizados por el destinatario después de aceptar y transcurrido el tiempo razonable para que la aceptación llegara al oferente. Sólo en estos casos cabría apreciar una creencia justificada en la conclusión del contrato legítimamente suscitada en el destinatario y, por tanto, susceptible de protección.

<sup>443</sup> CUADRADO PÉREZ, “*Oferta, aceptación, ...*”, cit., p. 113 y Díez-PICAZO y GULLÓN, op. cit., p. 70.

<sup>444</sup> MARTÍNEZ GALLEGU, op. cit., p. 62, nota 112.

La conclusión que se debe extraer no es que se impida al oferente revocar su propuesta contractual en todo momento, sino que se defiende que cualquier oferta tiene un plazo mínimo de duración durante el cual el oferente no puede dejarla sin efecto. Evidentemente, se trata de una norma protectora de los intereses del aceptante, que también se justifica en la necesidad de la protección del tráfico en la vida moderna<sup>445</sup>.

Los textos internacionales, vinculantes o no, en que se han apoyado los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil optaron por continuar la tendencia predominante y, en consecuencia, estiman que la oferta no contiene implícitamente un plazo mínimo de duración durante el cual el destinatario pueda examinar la oferta y decidir si la acepta o rechaza. En caso contrario, se estaría configurando la oferta como irrevocable durante ese plazo mínimo, lo que contravendría el principio general de revocabilidad reconocido expresamente en dichos textos, según el cual la oferta no despliega por sí misma ningún efecto vinculante para el oferente<sup>446</sup>.

La jurisprudencia también resulta contradictoria. Mayoritariamente, se ha venido interpretando que nuestro Código Civil no prevé la concesión de ningún plazo para la aceptación de la oferta, salvo el que pueda establecer expresamente el oferente. Sin perjuicio de ello, las sentencias más recientes comienzan a valorar que pueda existir un plazo implícito, que dependerá de las circunstancias de cada caso, aunque, finalmente, acaban reconociendo que dicha circunstancia no encuentra encaje en nuestro Código Civil<sup>447</sup>.

Por lo que se refiere a la Propuesta de Modernización, la ausencia completa de la más mínima mención a la facultad de revocación de la oferta, junto a la previsión de tres casos en que ésta devendrá irrevocable con carácter excepcional, nos permite inferir su implícita elección por la revocabilidad de la oferta y, finalmente, nos conduce a sostener que no ampara una vigencia mínima de la oferta y, desde luego, a descartar su irrevocabilidad durante ese hipotético plazo. Evidentemente, ello no obsta a que, en función de las circunstancias concretas de cada caso, se desprenda la implícita duración de la propuesta contractual durante un lapso temporal más o menos amplio, si bien no podrá equipararse a la imposibilidad de su revocación de forma automática.

## **b. PLAZO MÁXIMO**

---

<sup>445</sup> PERALES VISCASILLAS, “*La formación del...*”, cit., p. 393, nota 27.

<sup>446</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI, “*La oferta contractual...*”, cit., pp. 198 a 205 y PERALES VISCASILLAS, “*La formación del...*”, cit., pp. 399 a 402.

<sup>447</sup> CASTÁN TOBENAS, op. cit., p. 743

## **i. PLAZO MÁXIMO DE DURACIÓN**

El oferente ostenta un poder de disposición sobre las propuestas contractuales que emita, que le confiere potestad para decidir, entre otros extremos, sobre la duración máxima de las mismas. Esta es una cuestión que reviste enorme importancia para cualquier oferente, porque le permite decidir hasta qué momento el destinatario puede aceptar. De esta forma, podrá determinar el *stock* que necesita en cada momento y estructurar la logística de los envíos, o bien asumir el coste de la subcontratación de tal labor. En el caso de prestación de servicios, podrá organizar su calendario, o el de sus empleados, a efectos de poder atender otras peticiones.

Sin embargo, en los casos en que el oferente no establezca en su propuesta la vigencia de la misma, no creemos que nadie pueda esperar que sea factible aceptarla en cualquier momento porque, implícitamente, esta situación supondría obligar al oferente a mantener *sine die* existencias del producto ofrecido o la disponibilidad propia o de terceros<sup>448</sup>. Debemos valorar que, desde la emisión y recepción de la oferta, han podido acaecer múltiples avatares que impidan al oferente cumplir el contenido de la oferta (cese de fabricación, despido de personal, mejoras técnicas que encarezcan el producto,...etc.). Asimismo, las circunstancias del mercado han podido variar ostensiblemente y, en consecuencia, el oferente no podrá, o no le resultará conveniente, mantener las condiciones de la oferta, sobre todo, en el aspecto económico<sup>449</sup>.

Igualmente, el legislador ha actuado con relación al plano temporal de la oferta en escasas ocasiones y, en tales casos, lo ha hecho precisamente para sentar el plazo legal de duración mínima de la misma en ámbitos tan concretos como la contratación de seguros, créditos al consumo o préstamos hipotecarios<sup>450</sup>. A nuestro modo de ver, la atención legislativa se enfoca a la fijación de la duración máxima de esas ofertas en aras de la protección de intereses que considera necesitados de mayor protección<sup>451</sup>. En cualquier caso, podemos observar que, a pesar del silencio del legislador en este aspecto con carácter general, se afirma unánimemente por la

---

<sup>448</sup> GASPAR LERA (op. cit., p. 151) mantiene que, a pesar de que el oferente no manifieste expresamente un plazo para aceptar, la doctrina ha defendido que ha de existir implícitamente, pues nadie puede verse vinculado por su propuesta contractual de modo permanente, ni siquiera cuando dicha oferta se configure como irrevocable.

<sup>449</sup> La doctrina entiende que la oferta debe caducar por el transcurso del tiempo para evitar la inestabilidad e incertidumbre que produciría su duración ilimitada. Entre otros, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 1090 –La Ley–; COCA PAYERAS, op. cit., p. 448; RAMELLA, op. cit., p. 166 y siguientes; PUIG BRUTAU, “Fundamentos ...”, cit., p. 222 y siguientes; y DÍEZ-PICAZO, “La formación ...”, cit., p. 19.

<sup>450</sup> GONZÁLEZ GONZALO, op. cit., p. 688. Queremos poner de relieve que hemos detectado un supuesto de vigencia legal de la oferta que no se menciona por los autores: el artículo 27, nº 3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, establece que la vigencia de las ofertas en contratos electrónicos, en defecto de concreción por el oferente, se extenderá a todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. Por su parte, el artículo 1.268, nº 2 de la Propuesta de Modernización del Código Civil contiene la misma previsión.

<sup>451</sup> GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., p. 85.

doctrina y la jurisprudencia que toda oferta debe sujetarse a un término final, más o menos amplio.

La única excepción que hemos encontrado a la expiración de la propuesta contractual por el transcurso del tiempo se localiza en el supuesto que la doctrina denomina ofertas permanentes. El fundamento de esta singularidad estriba en la situación de monopolio, de hecho o de derecho, en que se encuentran los oferentes, que les impide rechazar la celebración de contratos cuyo objeto se circunscriba a los bienes y servicios sobre los que verse dicho monopolio<sup>452</sup>. Normalmente, la exclusiva de la contratación se concede en atención a la importancia, e incluso necesidad, que tales bienes y servicios presentan para la sociedad, lo que habilita al legislador para obligar al concesionario a mantener la vigencia de la oferta de contratación de esos bienes o servicios durante el periodo de duración del monopolio. De hecho, estamos frente a una oferta no sólo permanente, sino también irrevocable, en la medida en que el contenido de la oferta vendrá delimitado en la resolución de concesión de la exclusiva y no podrá modificarse por el oferente<sup>453</sup>.

## **ii. PLAZO MÁXIMO PARA LA REVOCACIÓN**

En nuestro ordenamiento, la inclusión en la propuesta de un plazo máximo hasta el que se extienda la vigencia de la misma, no cercena la facultad de revocación que ostenta el oferente –al igual que tampoco se consigue ese efecto con el establecimiento de un periodo mínimo de duración, salvo que triunfe el cambio de rumbo propugnado por la Propuesta de Modernización del Código Civil-. De esta forma, el eventual aceptante debe ser consciente de que, con independencia de la fecha señalada por el oferente para la finalización de la duración de la oferta, ésta puede quedar sin efecto si su autor la revoca. Cuestión diferente es la posible responsabilidad precontractual en que podría incurrir el oferente por los perjuicios que la extinción de la oferta le hubiera causado al destinatario y cuyo pago debería afrontar en virtud de los *principios de la buena fe y de la protección de los terceros por la confianza suscitada* a causa de ese periodo máximo de duración de la oferta.

En este punto, la pregunta que, inevitablemente, surge es si existe un límite temporal a partir del cual el oferente pierde la facultad de revocar su propuesta<sup>454</sup>. Tradicionalmente, la respuesta al interrogante planteado es única: el momento de perfección del contrato<sup>455</sup>. La lógica implícita en esta solución se nos aparece

---

<sup>452</sup> MARTÍNEZ GALLEGU, op. cit., p. 72 y DE CUEVILLAS MATOZZI, “*La oferta contractual ...*”, cit., p. 247 y nota 79.

<sup>453</sup> MORENO QUESADA, “*La oferta de ...*”, cit., pp. 190 y 191.

<sup>454</sup> FERRARI (op. cit., p. 144) señala que el artículo 1.328, n° 1 del Código Civil italiano dispone que la oferta puede ser revocada hasta que el contrato no haya sido perfeccionado.

<sup>455</sup> En cuanto a la doctrina nacional, LACRUZ BERDEJO (“*Elementos ...*”, cit., pp. 375 y 376) defiende la revocabilidad de la oferta hasta el momento de la aceptación de la misma, si bien matiza que, en el caso de ofertas dirigidas al público o

evidente y concluyente. De esta forma, si la ausencia de vinculación del oferente a la propuesta que emita justifica la revocabilidad de ésta, desde que se logra la perfección contractual por la conjunción del consentimiento de ambos contratantes, oferente y aceptante quedan obligados y, evidentemente, el primero no podrá desligarse de la propuesta mediante su revocación.

Sin embargo, la existencia de, al menos, cuatro teorías en orden a delimitar en qué momento del *iter* contractual se produce la perfección, ensombrece la claridad de la hipótesis inicial, ya que, en principio, el límite temporal al que se sujeta la revocación de la oferta oscilará en función del criterio que se adopte para alcanzar la perfección contractual<sup>456</sup>. Con carácter habitual, se suelen contraponer las posturas acogidas por los ordenamientos del ámbito del *Civil Law* y los de la esfera de influencia del *Common Law*.

Por lo que concierne a los primeros, se observa la selección de diferentes teorías en función de los intereses que se juzguen merecedores de protección, aunque podemos apreciar predilección por los principios de *la recepción y del conocimiento*, con lo que se trasladan los riesgos inherentes al envío hacia el aceptante<sup>457</sup>. En consecuencia, el oferente podría ejercitar la facultad de revocación hasta el instante en que éste reciba la aceptación, e incluso cabría retrasar dicha posibilidad hasta el efectivo conocimiento del contenido de la aceptación.

A pesar del acierto de la conclusión expuesta, y aunque, *a priori*, resulte incoherente, la mayor parte de los sistemas jurídicos continentales anticipan la finalización de la revocabilidad de la oferta al momento en el que el destinatario remite o expide su aceptación, de modo que se recorta la facultad de revocación del oferente. Esta actitud obedece a la influencia desplegada por el Derecho alemán, que estima más necesitados de amparo los intereses del aceptante. A raíz de esta convicción, propugna el carácter vinculante de la oferta y el efecto inmediato que se deriva es la irrevocabilidad de ésta. El objetivo que se persigue es amparar la confianza en la conclusión del contrato que la recepción de la oferta haya despertado en el eventual aceptante, en contrapartida a la completa libertad de la que goza el oferente a la hora de configurar su propuesta y, por tanto, de establecer el carácter revocable de la misma<sup>458</sup>.

---

realizadas mediante carta u otro medio de correspondencia, el oferente debe quedar vinculado por su propuesta durante un tiempo prudencial en el que razonablemente podría llegar la aceptación. Asimismo, también podemos citar a LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 1148 –La Ley-. Por su parte, la jurisprudencia también ha defendido la posibilidad del oferente de revocar la oferta hasta que no se produzca la aceptación desde la STS, Sala de lo Civil, 20 abril 1904 y, en esa dirección, se pueden citar las SSTs, Sala de lo Civil, 22 diciembre 1956 y 7 junio 1986.

<sup>456</sup> MARTÍNEZ GALLEGO, op. cit., p. 61.

<sup>457</sup> CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pp. 749 y 750 y MENÉNDEZ MATO, “La oferta...”, cit., pp. 243 a 246.

<sup>458</sup> LARA AGUADO, op. cit., p. 62.



En cuanto a los países pertenecientes al *Common Law*, se inclinan por la *teoría de la expedición* (*dispatch, postal o mailbox rule*) para los supuestos en que la aceptación se envíe por medio de carta o telegrama<sup>459</sup>. La opción adoptada responde a la protección de los intereses del aceptante frente al poder omnímodo que tiene el proponente de disponer en la oferta que la respuesta se remita utilizando otros medios de comunicación, de trasladar el momento de perfección a la recepción de la aceptación y, como estamos examinando, de revocar su propuesta. La importancia de esta regla también se muestra con relación a la facultad de revocación de la oferta, ya que la limita hasta el instante en que el destinatario expide la aceptación. La consecuencia es que, en los supuestos señalados, coinciden el límite temporal de la facultad de revocación y el momento en que se produce la perfección del contrato.

Los instrumentos jurídicos internacionales en que se inspira la Propuesta de Modernización, junto al DCFR, se encuentran prácticamente armonizados en este punto<sup>460</sup>. Todos ellos convienen en que la oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, en consonancia con el criterio tradicionalmente respetado. No obstante, condicionan esa limitación temporal al hecho de que la revocación llegue al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación, lo que, a todas luces, encierra una patente contradicción con la primera parte del aserto<sup>461</sup>.

El límite temporal para el ejercicio de la facultad revocatoria se localiza en el momento de perfección del contrato, el cual, para todos los textos internacionales de referencia, se concreta mediante el *principio de llegada* o *teoría de la recepción*. De este modo, el oferente podría arrepentirse de la propuesta contractual remitida hasta el momento en que reciba la aceptación del destinatario. Sin embargo, la segunda parte de la norma contradice la conclusión expuesta y adelanta la fijación

---

<sup>459</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI, “*La oferta contractual...*”, cit., p. 142. Por su parte, LARA AGUADO (op. cit., pp. 33 a 36) matiza que la *postal rule* es más una presunción que una regla, ya que puede dejar de aplicarse en función del caso. Además, se exige que el aceptante sólo utilice este medio de comunicación de la aceptación cuando resulte razonable. De esta forma, aunque en el *Common Law* no se requiere utilizar el mismo medio de comunicación que empleó el oferente, sí que se considera que no es razonable contestar por correo, si la oferta se recibió por télex, e-mail o teléfono. Por otro lado, el aceptante debe adoptar la diligencia debida al remitir la contestación, asegurándose de que la dirección sea correcta o que el franqueo sea suficiente. Además, no rige la regla del buzón cuando el oferente imponga el empleo de otro sistema de comunicación o exija el conocimiento de la aceptación como requisito de eficacia. Por último, la citada autora aclara que si la contratación se realiza entre presentes o por medios de comunicación de carácter instantáneo y de forma ininterrumpida, regirá la *teoría del conocimiento* y, en el caso de utilizar otros medios, como el fax o el correo electrónico, se aplica la *teoría de la recepción*.

<sup>460</sup> Artículos 16, 1) de la Convención de Viena de 1980, 2.1.4 (1) de los Principios Unidroit, 2:202 de los PECL y II.- 4:202 del DCFR. La redacción de los PECL y del DCFR se distancian de los otros dos instrumentos internacionales únicamente en que abordan la especificidad de la aceptación por medio de la conducta del aceptante. Tal y como analizaremos, la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit también admiten que la aceptación se exprese a través del comportamiento del destinatario, pero no se refieren concretamente a dicho supuesto a la hora de prever el límite temporal de la facultad de revocación.

<sup>461</sup> MARTÍNEZ GALLEGOS (op. cit., p. 62) dice que el establecimiento del límite temporal según el cual la revocación debe llegar al destinatario antes de que éste haya enviado su aceptación al oferente refleja el carácter mercantilista de la Convención de Viena de 1980. En la misma línea, CUADRADO PÉREZ, “*Oferta, aceptación, ...*”, cit., p. 92 y MÉNENDEZ MATO, “*La oferta...*”, cit., p. 209.

del momento último para la revocación de la oferta a la expedición o remisión de la aceptación<sup>462</sup>.

La solución acogida por los textos de Derecho Uniforme refleja nuevamente la necesidad de conciliar las divergencias existentes entre la tradición jurídica romanista y la propia del entorno del *Common Law*, junto al que, en este caso, cabe situar los sistemas germanistas<sup>463</sup>. Desde esa perspectiva, se detecta que los preceptos dedicados a este aspecto empiezan sentando una regla propia de los países del *Civil Law*, para, posteriormente, admitir, por vía de excepción, una norma característica del *Common Law*, en el que, para determinados supuestos, la remisión de la aceptación determina tanto el momento de la perfección del contrato como la finalización de la posibilidad de revocación de la oferta. La pretensión última es lograr la protección del aceptante mediante la reducción del periodo que media entre la remisión de la aceptación y la recepción por el oferente, lo que, en otras palabras, supone acortar el lapso temporal en el que el oferente puede revocar su oferta<sup>464</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, la doctrina apunta que se debe reconducir la discordancia expuesta a sus verdaderos términos. La diferencia entre el instante en que se perfecciona el contrato y el momento último en que el oferente puede revocar su oferta adquiere relevancia cuando entre la expedición de la aceptación y su recepción media un lapso de tiempo considerable. En consecuencia, la relevancia se circunscribe, en la práctica, a dos supuestos: cuando el asentimiento se transmite mediante una declaración escrita o por medios técnicos que, en la actualidad, se consideran análogos<sup>465</sup>, y cuando la aquiescencia se demuestra a través de la ejecución de un acto que ha de comunicarse al oferente. Sin embargo, ambas hipótesis abarcan un número representativo de casos, por lo que la solución propuesta reviste una gran trascendencia.

---

<sup>462</sup> DÍEZ-PICAZO, “*La formación del...*”, cit., p. 15.

<sup>463</sup> PERALES VISCASILLAS (“*La formación del...*”, cit., pp. 419 a 412) afirma que “En los sistemas del *common law*, concretamente, en el ordenamiento jurídico angloamericano, el principio general de revocabilidad se lleva hasta sus últimas consecuencias al ser doctrina plenamente consolidada la que establece el principio de correspondencia o mutualidad de las obligaciones de los contratantes: o las dos partes están igualmente vinculadas o no lo está ninguna, lo que se traduce en que, aun cuando el oferente establezca en su oferta que es irrevocable, ésta podrá ser revocada hasta la perfección del contrato, a menos que se trate de lo que se conoce como una promesa «under seal», de un plazo de opción acompañado de la *consideration*, de una oferta firme (*firm offer*), o que el destinatario de la oferta haya confiado en la irrevocabilidad de la misma: dependencia perjudicial (*detrimental reliance*). No obstante el rigor de esta doctrina se atempera en la medida en que el poder revocatorio del oferente termina cuando se envía la aceptación por correo o telégrafo, lo que supone la perfección contractual en virtud de la ya conocida *mailbox rule*”.

<sup>464</sup> PERALES VISCASILLAS, “*La formación del...*”, cit., pp. 411 y 412.

<sup>465</sup> Como ya avanzamos en páginas anteriores, afortunadamente se reconoce de manera unánime la equiparación entre las declaraciones escritas, realizadas en soporte papel, como las cartas, telégrafo, télex o fax, y las efectuadas mediante adelantos tecnológicos como el EDI o el correo electrónico. En la misma línea, también se admite que las declaraciones orales comprenden aquellas que empleen la palabra oral, ya cuando las partes negocian cara a cara, ya cuando utilizan medios de comunicación que la transmiten (teléfono, radio, videoconferencia, etc.). Cfr. PERALES VISCASILLAS, “*La formación del...*”, cit., p. 222 y DÍEZ-PICAZO, “*Fundamentos ...*”, cit., p. 377.

En contraposición, si la aceptación se efectúa mediante una comunicación oral, o a través de sistemas de comunicación instantáneos, el periodo temporal en el que el oferente puede revocar su oferta es imperceptible, al igual que es inapreciable el lapso existente entre la expedición y recepción de la oferta. En el caso de que la aceptación se lleve a cabo mediante la ejecución de actos que no requieran informar al oferente, aquélla devendrá efectiva cuando se ejecute el acto, lo que, a estos efectos, puede identificarse con la expedición o remisión de la aceptación, por lo que tampoco se limita la facultad de revocación del oferente<sup>466</sup>.

Por último, tenemos que volver a referirnos a la carencia de un criterio con relación a este punto trascendental en la Propuesta de Modernización del Código Civil, situación que, en nuestra opinión, debe solventarse por los redactores de la misma. Nos hemos adentrado en una materia cuya importancia práctica se desprende claramente de nuestra exposición anterior, aunque se puede deducir fácilmente sin necesidad de entrar en detalles. Asimismo, es un aspecto de la oferta que ha sido estudiado, analizado y debatido por la doctrina y jurisprudencia patria y de las diferentes culturas jurídicas de nuestro entorno, así como por los instrumentos jurídicos internacionales que le sirven de modelo, por lo que es inevitable concluir que la Propuesta de Modernización debía haber abordado este asunto y haber adoptado un criterio.

## **2. RETIRADA: TEMPESTIVA Y TARDÍA**

Es otra de las expresiones del poder de disposición del oferente sobre la propuesta que remite para llegar a concluir un contrato, junto con la revocación de la misma. La proximidad entre ambas figuras puede llegar a justificar, aunque sólo de forma parcial, el hecho de que nuestra doctrina haya utilizado indistintamente los vocablos retirada y revocación<sup>467</sup>; sin embargo, consideramos que, en la misma medida, también obedece a la escasa atención prestada a esta figura hasta fechas recientes<sup>468</sup> frente a la revocación, objeto de numerosos estudios. En nuestra opinión, resulta ineludible que se definan claramente los límites entre ambas figuras, debido a la relevancia de la finalidad común de las mismas -la extinción de la oferta- y a la importancia de la consecuencia final que se deriva de ambas -impedir el nacimiento del contrato-.

---

<sup>466</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI, “Revocación ...”, cit., pp. 1.884 y 1.885.

<sup>467</sup> ALBALADEJO GARCÍA (“Derecho ...”, cit., pp. 386 a 388) sigue manteniendo la identificación de ambas figuras. En la misma posición, podemos citar también a LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., p. 1.148 -La Ley-), quien advierte que la doctrina considera que, con referencia a la oferta, no cabe hablar de revocación en sentido propio, sino de retirada o retractación, aunque en la doctrina y en la jurisprudencia se haya generalizado el empleo de la expresión revocación. LACRUZ BERDEJO, “Elementos ...”, cit., p. 376.

<sup>468</sup> Sin embargo, MORENO QUESADA (“La oferta de...”, cit., pp. 175 y 176) distingue claramente ambas figuras.

El primer texto normativo que se hizo eco de la distinción a la que aludimos fue la Convención de Viena de 1980, que, muy acertadamente, fue consciente de las repercusiones prácticas de semejante diferenciación. Asimismo, también debemos alabar que, tanto los Principios Unidroit como la Propuesta de Modernización del Código Civil<sup>469</sup>, hayan reconocido la trascendencia de ambas figuras y procedan a regular las mismas de manera diferenciada. Estos dos últimos textos reproducen casi fielmente el artículo 15, 2) de la Convención vienesa, lo que colisiona con la postura de los PECL y el DCFR, puesto que no contemplan la retirada de la oferta<sup>470</sup>. De acuerdo con los instrumentos internacionales mencionados y la Propuesta de Modernización, se permite que la oferta pueda ser retirada, aun cuando sea irrevocable, pero se supedita a que dicha declaración llegue antes o al mismo tiempo que la propuesta.

En este sentido, hemos de tener presente que la retirada es una declaración de voluntad por la que el proponente deja sin efecto la oferta remitida al destinatario, pero antes de que ésta se perfeccione y, por tanto, antes de que, en función del criterio elegido, dicha oferta llegue o sea conocida por el destinatario, o bien, al mismo tiempo<sup>471</sup>. Por el contrario, mediante la revocación el oferente extingue una oferta ya perfeccionada, por lo que la misma llegó al destinatario o fue conocida por éste con anterioridad.

En conclusión, la distinción entre la retirada y la revocación de una oferta descansa, fundamentalmente, en un matiz temporal. Ambas declaraciones de voluntad provienen del oferente y tienen un objetivo común: dejar sin efecto una propuesta contractual, pero se diferencian en el momento en que son emitidas. De este modo, mientras la retirada debe llegar al destinatario antes de que la oferta se perfeccione, la revocación ha de producirse con posterioridad a dicho momento. De acuerdo con estas consideraciones, opinamos que resulta más oportuno referirse a

---

<sup>469</sup> Artículos 2.1.3 de los Principios Unidroit y 1247.2 de la Propuesta de Modernización del Código Civil.

<sup>470</sup> LARA AGUADO (op. cit., p. 58) entiende que los PECL admiten implícitamente la posibilidad de retirada de la oferta en el artículo 1:303. Mencionamos con anterioridad esta norma porque establece el principio de llegada como criterio general para la efectividad de todas las comunicaciones, no sólo para la oferta y aceptación. Además, dicho precepto parece reconocer la posibilidad de la retirada de cualquier comunicación que se dirijan las partes, lo que, evidentemente, también debe aplicarse a la oferta y aceptación. Asimismo, a nuestro juicio, pueden extenderse las mismas consideraciones al artículo I- 1:109 del DCFR. Sin embargo, hemos de reseñar que mientras en los PECL el término utilizado es “*withdrawal*”, el DCFR usa la expresión “*revocation*”, razón por la cual no se puede afirmar tajantemente que ambos preceptos regulen la retirada. La misma autora señala posteriormente –p. 60– que en los ordenamientos jurídicos del *Common Law* no se distingue entre retirada y revocación, sino que simplemente se prevé la posibilidad del oferente de dejar sin efecto su primitiva declaración de voluntad, si bien existen los dos términos mencionados. Por nuestra parte, añadimos que, en numerosas ocasiones, la traducción del verbo “*withdraw*” es desistir.

<sup>471</sup> MARTÍNEZ GALLEGOS (op. cit., p. 69) explica la diferencia entre ambas figuras y, además, afirma que la retirada no puede calificarse como una causa de extinción de la oferta porque, debido al carácter recepticio de la oferta, si ésta no es conocida por el oferente, no existe como tal y no puede extinguirse lo que no ha nacido. Por el contrario, CUADRADO PÉREZ (“*Oferta, aceptación, ...*”, cit., pp. 83 y 84) distingue entre el momento de nacimiento de la oferta, que se produce cuando es expedida por el oferente, y el momento en que adquiere eficacia, para lo que ha de llegar a su destinatario. Posteriormente –pp. 87 y 88–, el mismo autor afirma que la retirada de la oferta sí constituye una causa de extinción de la misma, por cuanto no es preciso que la oferta tenga eficacia para poder extinguirse, sino simplemente que exista.

la retirada como aquella declaración que impide la eficacia de la oferta, por cuanto implica su extinción antes de que alcance su perfección y, por tanto, con anterioridad a que la oferta despliegue sus efectos.

En razón de la distinción expuesta, surge la consecuencia práctica que, a nuestro juicio, abona la necesidad de la diferenciación de ambas figuras: la retirada podrá recaer sobre ofertas revocables e irrevocables, dado que, al no haber llegado al ámbito o círculo de intereses, ni al conocimiento del destinatario, el oferente no se encuentra limitado por el posible compromiso de irrevocabilidad contenido en la oferta<sup>472</sup>. Asimismo, la doctrina insiste en el hecho de que la propuesta no ha alcanzado eficacia jurídica, por lo que el oferente no se encuentra vinculado en forma alguna por su propuesta contractual, ni ésta ha podido provocar en el eventual aceptante confianza alguna en la conclusión del contrato<sup>473</sup>.

Según indican algunos autores, la plasmación de la diferencia entre retirada y revocación en la Convención de Viena de 1980 y, posteriormente, en los Principios Unidroit, responde a que, en los grandes sistemas jurídicos y en la práctica del comercio internacional, se reconoce sin ambages la posibilidad por parte del oferente de arrepentirse de la propuesta contractual emitida. Además, también existe consenso en cuanto a que semejante posibilidad debe estar constreñida por un margen temporal, dado que, en caso contrario, se frenaría la contratación al permitir que el oferente pueda retractarse de su propuesta en cualquier momento<sup>474</sup>. No obstante la coincidencia en la premisa de partida, existen divergencias acerca de dónde se sitúa el límite temporal de la retirada de la oferta.

Como corolario de la presentación que hemos realizado de esta figura en los párrafos precedentes, no existen dudas en cuanto a que el momento último en el que el oferente puede arrepentirse de su propuesta es el instante en que ésta se perfecciona y, por tanto, adquiere eficacia jurídica o despliega sus efectos. Las disensiones surgen porque los ordenamientos jurídicos discrepan en torno al momento en que se produce la perfección de la oferta, en función del criterio o teoría existente a la que atiendan. Los tres textos que se ocupan de la retirada de la oferta demuestran su coherencia interna dado que han optado por una solución acorde con la primacía otorgada al *principio de llegada*, o criterio de recepción, asentado

---

<sup>472</sup> GONZÁLEZ GOZALO (“La formación ...”, cit., p. 689) indica que la retirada de las ofertas irrevocables es posible por la sencilla razón de que la retirada opera antes de que la oferta produzca efecto, y la irrevocabilidad es un efecto de la oferta perfecta.

<sup>473</sup> DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos ...”, cit., p. 363.

<sup>474</sup> PERALES VISCASILLAS, “La formación del...”, cit., p. 377 y “Formación, VVAA Comentario...”, cit., pp. 118 y 120. Además, podemos citar a DE CUEVILLAS MATOZZI (“La oferta contractual...”, cit., p. 189) quien, asimismo, pone de manifiesto que el antecedente es el artículo 5, 1º de la LUF, si bien en este precepto se hace alusión a la caducidad de la oferta.

como regla general en virtud de la cual las declaraciones de voluntad se tornan efectivas o perfectas.

En conclusión, la Convención de Viena de 1980, los Principios Unidroit y la Propuesta de Modernización coinciden en preconizar que la posibilidad de retirar la oferta finaliza en el momento en que ésta llegue al destinatario, o bien al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida, porque, en tal circunstancia, la oferta se perfeccionaría<sup>475</sup>. Además, en el caso de simultaneidad en la llegada de la oferta y de la retirada, los dos instrumentos internacionales señalados y la Propuesta de Modernización se inclinan claramente por la prioridad de la declaración extintiva. De esta forma, se busca dar fácil solución a aquellos casos en que resulte difícil probar cuál de las dos declaraciones llegó en primer lugar, por lo que, en tales supuestos, operará una presunción de coincidencia temporal que se traducirá en la prioridad de la retirada<sup>476</sup>.

En conexión con la primacía otorgada a la voluntad del oferente de extinguir su propuesta cuando llega en tiempo y forma, hemos de reflexionar sobre los posibles efectos de una declaración de retirada extemporánea. Las opciones se circunscriben a negar la producción de efectos a dicha declaración o bien inclinarse por entender que no se desplazan los efectos de la retirada y, por tanto, que la oferta no ha podido generar expectativas en el destinatario, si bien la efectividad de la retirada tardía se sujetaría al cumplimiento de los requisitos necesarios para la revocación<sup>477</sup>. La escasa doctrina española que ha acometido el análisis de este extremo se decanta, acertadamente en nuestra opinión, por estimar que se produce una transformación de la retirada intempestiva en una declaración de revocación, evidentemente, siempre que se cumplan las condiciones sobre las que se asienta esta última<sup>478</sup>.

Sin perjuicio de la sensatez demostrada por la Convención de Viena de 1980, los Principios Unidroit y la Propuesta de Modernización del Código Civil al contemplar las figuras de la retirada y de la revocación, el oferente no gozará de la oportunidad de arrepentirse de su propuesta contractual en cualquier caso, a diferencia de la revocación. La retirada de la oferta sólo será factible cuando medie un periodo de tiempo entre su emisión y la recepción de la misma por su destinatario que permita que el oferente pueda remitir la retractación y que la reciba su receptor antes, o al mismo tiempo, que la oferta. Por tanto, la retirada de la oferta

---

<sup>475</sup> DÍEZ-PICAZO, “*La formación del...*”, cit., p. 14.

<sup>476</sup> SAN JUAN CRUCELAEGUI, op. cit., p. 111.

<sup>477</sup> PERALES VISCASILLAS, “*La formación del...*”, cit., pp. 382 y 382.

<sup>478</sup> DÍEZ-PICAZO, “*Fundamentos ...*”, cit., p. 363 y “*La formación del...*”, cit., p. 14.

se restringe a los supuestos en que la propuesta inicial se canaliza únicamente por dos medios de comunicación: el envío postal y el telégrafo.

En los casos en que la comunicación entre oferente y aceptante revista carácter instantáneo, ya sea porque la oferta y la aceptación son verbales o bien porque los futuros contratantes se comunican mediante el empleo del teléfono, télex, fax, correo electrónico, *chats*,... etc., prácticamente coexisten en el tiempo la emisión, remisión y recepción de la oferta, por lo que la perfección de dicha declaración acontece de forma simultánea a su emisión. En consecuencia, no existe lapso temporal que permita que el oferente pueda retirar su oferta; sin embargo, nada impide que la revoque. Con motivo de esta cortapisa, la doctrina también alude a la existencia de un límite modal o ligado al medio de comunicación empleado, para referirse a la necesidad de que el oferente remita la retirada a través de un medio más rápido que el empleado para el envío de la oferta.

Además, los autores entienden que resulta posible que el oferente, una vez más, dentro de su libertad contractual, se arrepienta de la declaración de retirada y envíe una nueva comunicación al destinatario que anule la retirada y confirme la oferta. Por analogía, dicha posibilidad se sujeta al mismo límite temporal que la declaración de retirada, es decir, la confirmación de la primitiva oferta deberá llegar al destinatario antes, o al mismo tiempo, que la retirada.

Por otro lado, estimamos muy oportuno destacar que el texto vienés, los Principios Unidroit y la Propuesta de Modernización del Código Civil insisten en señalar la posibilidad de retirar la oferta aun cuando ésta sea irrevocable, lo que responde, en nuestra opinión, a dos causas. La primera, y más evidente, para remarcar la diferencia entre ambas figuras. En segundo lugar, para distanciarse de los sistemas jurídicos del *Common Law*, en los que existen ciertos supuestos en que resulta imposible retirar la oferta cuando es irrevocable y con independencia de que no haya llegado a su destinatario<sup>479</sup>.

Por último, a pesar de que los PECL no regulan la figura de la retirada de la oferta, en los comentarios realizados al artículo 2:202, dedicado a la revocación de la oferta, se explicita la diferencia entre las mismas en términos similares a los expuestos. De este modo, se indica que la oferta puede ser anulada o retirada antes de que llegue a su destinatario y, por tanto, no llegará a surtir efecto<sup>480</sup>. Asimismo, hemos de volver a remitirnos al mentado artículo 1:303, en cuyo apartado 5 se prevé

---

<sup>479</sup> PERALES VISCASILLAS (“*La formación del...*”, pp. 378 y 379) señala los créditos documentarios irrevocables ya emitidos, en los que el banco suele negarse a retirar el crédito que está en camino, aunque matiza que es una especialidad de este tipo de transacciones, y no un principio general. DE CUEVILLAS MATOZZI, “*La oferta contractual...*”, pp. 190 y 191.

<sup>480</sup> LANDO y BEALE, op. cit., p. 228.

la posibilidad de retirar cualquier comunicación, aunque la expresión utilizada por la traducción sea, desafortunadamente, *revocación*, lo que refuerza nuestra crítica a los problemas de traducción. En coordinación con sus predecesores, el precepto sólo exige que la retirada llegue al destinatario previamente o al mismo tiempo que la comunicación primigenia<sup>481</sup>.

### 3. RECHAZO: EXPRESO Y TÁCITO

Afortunadamente, reina una relativa unanimidad a la hora de afrontar la regulación de la única causa de extinción cuya articulación depende en exclusiva de la voluntad del receptor. Todos los instrumentos internacionales en que se apoya la Propuesta de Modernización, el DCFR y la citada Propuesta coinciden en la oportunidad de prever esta alternativa, a fin de que no existan dudas sobre el efecto jurídico que se deriva del rechazo de una oferta<sup>482</sup>. Asimismo, la doctrina comparada pone de manifiesto las mismas consideraciones que la doctrina patria, si bien cabría destacar que la primera insiste en justificar el objetivo de este instituto en la necesidad de liberar al oferente de la propuesta realizada al primer destinatario, para que pueda dirigirse a otro tercero con la seguridad de que el anterior receptor no puede revivir la oferta<sup>483</sup>.

No obstante la consideración pacífica del repudio de la oferta como causa de extinción de la misma, algunos autores la configuran como un supuesto de caducidad<sup>484</sup>. En cualquier caso, la consecuencia que se deriva de tal rechazo es la pérdida total de eficacia de la propuesta contractual, de tal manera que si el destinatario cambiara de opinión y emitiera otra declaración en ese sentido, ésta no constituiría una aceptación, sino una nueva oferta. Este efecto no se ve alterado por el hecho de que esa nueva comunicación llegue al oferente dentro del plazo establecido en la oferta para formular la aceptación, por cuanto la primitiva oferta habría perdido toda su eficacia<sup>485</sup>.

Sin embargo, podemos detectar una divergencia entre los diferentes textos e instrumentos señalados, aparte de las derivadas de la traducción y de la imprecisión

---

<sup>481</sup> Al igual que ocurre con los PECL, en los comentarios al Artículo II.- 4:202 del DCFR, dedicado a la revocación de la oferta, se recoge, en primer lugar, la diferencia entre la retirada y la revocación de la oferta, a pesar de no regular la primera de las figuras. Tampoco regulan la retirada de la oferta ni el *Feasibility study* –versiones mayo 2011 y agosto 2011- ni la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea.

<sup>482</sup> Artículos 17 de la Convención de Viena de 1980; 2.1.5 de los Principios Unidroit –versión 2004 y versión 2010-; 2:203 de los PECL; II.- 4:203 del DCFR y 1249 Propuesta de Modernización del Código Civil.

<sup>483</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI, “*La oferta contractual...*”, cit., p. 241.

<sup>484</sup> A estos efectos, podemos señalar que, mientras la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit consideran que el efecto del rechazo de la oferta es la extinción de la misma, los PECL y el DCFR indican que la oferta caduca, aunque no entendemos que de las diferentes expresiones utilizadas se puedan extraer mayores conclusiones. En clave doctrinal, LARA AGUADO, op. cit., p. 65.

<sup>485</sup> MORENO QUESADA, “*La oferta de...*”, cit., pp. 145 y 146; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 1.146 –La Ley- y ALBALADEJO GARCÍA, “*Derecho ...*”, cit., p. 386.



cometida con diversos conceptos. Nos referimos al hecho de que la Convención de Viena de 1980 y, por imitación, la Propuesta de Modernización del Código Civil, aprecian la posibilidad de que se produzca el rechazo de una oferta, aunque ésta sea irrevocable. En el anterior epígrafe hemos analizado una contingencia similar en relación con la retirada, que resultaba completamente lógica debido a la difusa barrera existente entre la retirada y la revocación. En el otro extremo, ni los Principios Unidroit, ni los PECL, ni el DCFR se refieren a dicha probabilidad<sup>486</sup>.

En línea con lo expuesto, también existe un completo asentimiento doctrinal en cuanto a la consideración de que la regla expuesta no se ve alterada por el hecho de que la oferta sea irrevocable, opinión que se extiende al ámbito europeo<sup>487</sup>. Creemos que la preocupación por esta eventualidad obedece a que, en ocasiones, la jurisprudencia norteamericana ha mantenido una equiparación entre las ofertas irrevocables y el derecho de opción, el cual se extingue únicamente por el transcurso del plazo concedido. La consecuencia práctica es que el destinatario podría aceptar la propuesta primigenia durante dicho plazo, aunque la hubiese rechazado anteriormente. Por su parte, la doctrina nacional y europea, apropiadamente, estiman que el rechazo de la oferta inicial se asimila a la renuncia del derecho a la irrevocabilidad de la propuesta conferido por el oferente. Por consiguiente, no puede reputarse válida la aceptación de una oferta realizada con posterioridad al rechazo de la misma<sup>488</sup>.

Por otro lado, tenemos que mencionar que, una vez más, la Propuesta de Modernización del Código Civil y todos los textos de referencia de los que nos servimos para su contraste utilizan una redacción que resalta la naturaleza recepticia de esta declaración. En consecuencia, el repudio de una oferta será eficaz y desplegará todos sus efectos cuando llegue al destinatario, o al ámbito o círculo de intereses de éste. Sin embargo, también hemos de tener presente otro resultado que se desprende de la naturaleza recepticia del rechazo. En este sentido, los comentarios al artículo 2:203 de los PECL reconocen atinadamente la posibilidad de la retirada de la declaración del rechazo de la oferta, siempre que dicha retirada llegue al oferente antes o al mismo tiempo que el propio rechazo<sup>489</sup>.

---

<sup>486</sup> PERALES VISCASILLAS (*“Formación, VVAA Comentario...”*, cit., p. 125) considera un acierto que los Principios Unidroit hayan eliminado la referencia a la irrevocabilidad de la oferta que se contiene en el artículo 17 de la Convención de Viena, que también desaparece en los PECL y en el DCFR pero que, sin embargo, se recoge en el artículo 1.249 de la Propuesta de Modernización del Código Civil.

<sup>487</sup> DÍEZ-PICAZO, *“Fundamentos ...”*, cit., p. 362.

<sup>488</sup> PERALES VISCASILLAS, *“La formación del...”*, cit., pp. 460 y 461 y DÍEZ-PICAZO, *“La formación del...”*, cit., p. 19.

<sup>489</sup> LANDO y BEALE, op. cit., p. 235. En este punto, debemos recordar que los PECL regulan el *principio de llegada* como criterio general relativo a todas las comunicaciones y, en la misma medida, la retirada también se regula como figura aplicable a todo tipo de declaración –art. 1:303 (5)–.

Por último, no podemos olvidar que los preceptos que estamos examinando contemplan la negativa del destinatario a aceptar la propuesta manifestada de forma expresa, es decir, un rechazo puro y simple. Sin embargo, se admite que el eventual aceptante muestre su disconformidad con la oferta mediante una manifestación tácita, es decir, a través de actos concluyentes que revelen inequívocamente su voluntad de rehusar la propuesta contractual, denominados por la jurisprudencia *facta concludentia*.

En esta línea, los autores consideran que la emisión de una contraoferta por el destinatario constituye una exteriorización implícita de dicha voluntad<sup>490</sup>. Sin embargo, hay que matizar que el objetivo de la proposición del destinatario es la continuación de las negociaciones preliminares, mientras que el rechazo puro y simple supone la negativa a contratar y, por tanto, la finalización del proceso negociador<sup>491</sup>.

#### **4. OTROS MOTIVOS**

##### **a. IMPOSIBILIDAD INICIAL DEL OBJETO**

La existencia de un intervalo temporal entre la emisión de la propuesta contractual, su recepción por el eventual aceptante, la transmisión de la respuesta de éste y su llegada -o toma de conocimiento- al oferente provoca que puedan acontecer diversos avatares que conduzcan a la extinción de la oferta<sup>492</sup>. En la hipótesis de este apartado, el origen de la expiración de la propuesta inicial no se atribuye a la conducta o inactividad de ninguno de los futuros contratantes, sino a la desaparición del objeto de la oferta y, por consiguiente, del contrato proyectado. Las causas que pueden ocasionar la situación expuesta son variadas -destrucción, pérdida,... etc.- pero todas ellas se reconducen a la inexistencia del objeto o a la falta del poder de disposición por el oferente antes de que recaiga la aceptación<sup>493</sup>.

---

<sup>490</sup> MENÉNDEZ MATO, “*La oferta ...*”, cit., p. 210. De este modo, hay que poner este precepto en relación con el artículo 1.251, nº 1 de la Propuesta de Modernización del Código Civil, por cuanto establece que si la respuesta del destinatario contiene adiciones, limitaciones o modificaciones, se debe entender que rehúsa el ofrecimiento del oferente y que formula una nueva propuesta.

<sup>491</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI (“*La oferta contractual...*”, cit., p. 241) matiza que la contraoferta extingue la oferta, pero constituye una nueva propuesta que podrá ser aceptada; en cambio, el rechazo es la negativa de la oferta sin ninguna otra posibilidad.

<sup>492</sup> Consideramos relevante poner de manifiesto las diversas expresiones empleadas por la doctrina para referirse a este supuesto, ya que, mientras unos autores aluden a la imposibilidad originaria, otros se inclinan por la imposibilidad sobrevenida. En opinión de RAMELLA (op. cit., pp. 123 y 124), que compartimos plenamente, resulta más acertada la utilización de la locución que hemos elegido en este caso -aunque él alude a la imposibilidad originaria- y reservar la clásica locución de imposibilidad sobrevenida para el periodo de ejecución de una obligación ya perfecta, si bien él alude a la imposibilidad sucesiva. Asimismo, tanto la Propuesta de Modernización del Código Civil -Exposición de Motivos, VI, p. 13-, como sus predecesores, emplean la expresión imposibilidad inicial, lo que refuerza el acierto de nuestra decisión.

<sup>493</sup> En nuestra doctrina, PUIG BRUTAU (“*Fundamentos ...*”, cit., p. 224) considera, entre otras, como causas de extinción de la oferta, la destrucción de una cosa que sea esencial para el cumplimiento del contrato propuesto y la subsiguiente prohibición de celebrar el contrato proyectado en la oferta.

A nuestro modo de ver, el hecho de que se asocie la finalización de la vigencia de la oferta a la imposibilidad de su objeto es una decisión estrictamente jurídica y no responde a motivaciones fácticas o reales como los restantes casos examinados, por ejemplo, la retirada por el oferente o el rechazo por su destinatario. De esta manera, el legislador podía haber optado por otra solución que permitiera el mantenimiento de la oferta cuando el objeto de la oferta devenga imposible. Sin embargo, la concepción del contrato y, por consiguiente, de la oferta que, actualmente, impera en nuestro ordenamiento jurídico impide que resulte factible la adopción de otro remedio.

En el desarrollo del epígrafe destinado al análisis de los requisitos de la oferta, emprendimos la tarea de examinar, pormenorizadamente, los motivos por los que nuestra doctrina y jurisprudencia conciben tales componentes en el sentido expuesto y la evolución que representa la Propuesta de Modernización del Código Civil, debidas, básicamente, a la diferente concepción del contrato que profesan<sup>494</sup>. También nos esmeramos en apuntar las discrepancias que observamos entre el planteamiento de dicha Propuesta y el de sus predecesores, dado que la primera pretende acomodar la postura de los segundos con la tradición propia de los ordenamientos de corte romanista, con un resultado cuestionable en algunos casos. Ello nos auxiliará en la labor de razonar por qué este supuesto supone la extinción de la oferta en el momento presente<sup>495</sup> y, en cambio, la Propuesta de Modernización se sitúa en una posición diferente, acorde con las significativas novedades que propone.

La exigencia del carácter completo de la oferta conlleva una perfecta delimitación del objeto de la oferta que, posteriormente, constituirá el objeto del contrato. Se entiende que no puede alcanzarse un compromiso contractual válido si las prestaciones de las partes no están suficientemente delimitadas y el punto de partida para lograr semejante objetivo se localiza en el detalle que se recoja al efecto en la oferta, al tratarse de la propuesta inicial<sup>496</sup>. Los textos de Derecho Uniforme en los que se inspira la Propuesta de Modernización introducen una clara moderación de este requisito, de suerte que se refieren a la precisión de la oferta y no a la

---

<sup>494</sup> RAMELLA (op. cit., pp. 123 y 124) afirma que en los contratos por correspondencia sucede con relativa frecuencia que en el intervalo temporal que media entre la propuesta inicial y la aceptación un determinado suceso haga legalmente o físicamente imposible la prestación objeto del contrato, bien porque la cosa que debía prestarse sea puesta fuera del comercio, o bien porque perezca o desaparezca.

<sup>495</sup> Artículos 1.182 a 1.184, 1.272 y 1.460 del vigente Código Civil.

<sup>496</sup> En esta línea, MORENO QUESADA (*“La oferta de ...”*, cit., p. 164 y siguientes) señala que “[...] debido al tiempo de vigencia de las ofertas en los contratos de formación sucesiva, las personas que tratan de celebrarlos están expuestas a las contingencias que afectan a su capacidad o indirectamente a la formación del contrato. La prestación que ha de ser su objeto, puede llegar a hacerse imposible antes de que la aceptación de la oferta se notifique al oferente, produciéndose en tal caso la extinción de la oferta, puesto que a nada conducirá asumir una obligación sin objeto, concurriendo, además, la circunstancia de que, con arreglo a nuestro Derecho positivo, no podría llegarse a la formación del contrato propuesto por falta de uno de sus elementos esenciales: el objeto”.

completitud de la misma, y, en general, de los componentes cuya presencia venía calificándose, tradicionalmente, como inexcusable.

La base de esta flexibilización descansa en una nueva visión del contrato, que lo percibe como un mecanismo que impulsa el desarrollo económico y, en consecuencia, entiende que debe liberarlo de las constricciones a que lo sujetaron los legisladores decimonónicos, en aras, presuntamente, a la defensa de la autonomía individual de los contratantes. Obviamente, el objetivo final es el estímulo de la contratación, y las herramientas a través de las que se pretende lograr su consecución son la facilitación de la contratación y el reforzamiento de la conservación de los contratos celebrados. La consecución de estas dos medidas se traduce, entre otras, en el giro experimentado con relación a la causa de extinción de la oferta que estamos examinando<sup>497</sup>.

La innovación que presenta la Propuesta de Modernización es la sustitución de la regla existente por otra, que acogen los instrumentos internacionales en que se inspira<sup>498</sup>, según la cual la imposibilidad inicial de la prestación no produce *per se* la nulidad del contrato, sin perjuicio de que existan otras causas para su anulación. De esta forma, se restringen los supuestos de nulidad e ineficacia contractual, y se reconducen, en su caso, al régimen del incumplimiento contractual que, junto con la reestructuración de los remedios frente al mismo, constituye otra de las grandes primicias que sugiere la Propuesta de Modernización<sup>499</sup>. En consecuencia, si prosperase dicha Propuesta, la inviabilidad del objeto previsto en la oferta no provocaría indefectiblemente la extinción de ésta, sino que nos trasladaría, en todo caso, a un supuesto de falta de cumplimiento<sup>500</sup>, lo que, a nuestro juicio, debe recibir nuestro apoyo.

---

<sup>497</sup> LANDO y BEALE (op. cit., p. 323 y 324) explican que, en muchos ordenamientos, los contratos que, en el momento de su constitución, eran de cumplimiento imposible, no sólo serán anulables, sino nulos de pleno derecho, como, *ad. ex.*, el § 306 B.G.B., relativo a la imposibilidad objetiva, aunque se prevé una excepción en el § 437 o el Derecho francés, que exige que exista un objeto cierto que sea materia del contrato –art. 1.108-, dado que, en caso contrario, es nulo con “nulidad absoluta”, salvo que se trate de un objeto futuro –art. 1.130-. Sin embargo, los PECL no adoptan ese punto de vista y, ante un contrato cuyo cumplimiento sea imposible sin saberlo las partes, por ejemplo, por faltar su objeto o porque el vendedor no tenía poder de disposición sobre los bienes, se considerará la existencia de un error esencial y cualquiera de las partes podrá anular el contrato. En cambio, si el oferente había asumido el riesgo de la imposibilidad, no tendrá derecho a anular el contrato y el aceptante podrá reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a causa de tal incumplimiento, ya que el cumplimiento específico será irrealizable.

<sup>498</sup> Artículos 3.3 versión 2004 y 3.1.3 versión 2010 de los Principios Unidroit; 4:102 de los PECL y II.- 7:102 del DCFR, mientras que la Convención de Viena no contempla este supuesto, al igual que ocurre con el *Feasibility study* y la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea.

<sup>499</sup> Muestras o ejemplos de esta nueva regla en la Propuesta de Modernización del Código Civil se contienen en los Artículos 1.109, relativo a las obligaciones; 1.265, en cuanto a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil; y, sobre todo, 1.460, primer párrafo, que se refiere a los efectos del contrato de compraventa cuando se ha perdido la cosa vendida, según el cual “*La imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos*”.

<sup>500</sup> Vid. los comentarios al artículo 3.3. de los Principios Unidroit –versión 2004- (op. cit., pp. 99 y 100), según los cuales “[...] Contrariamente a lo establecido en numerosos sistemas jurídicos, que consideran nulo un contrato de compraventa si han perecido los bienes objeto del contrato al momento de su celebración, el párrafo (1) de este artículo, de acuerdo con

## **b. OFERTAS SUCESIVAS**

En esta coyuntura, la posible expiración de la propuesta inicial obedece a la conducta activa del oferente y, como en otros supuestos que hemos planteado, también requiere el devenir de un lapso temporal entre la recepción de la oferta por el posible aceptante y la llegada de su respuesta al proponente. De esta forma, en el ínterin que media entre ambos momentos, el oferente no se limita a esperar la respuesta del destinatario de la oferta, sino que, por diferentes razones, aquél le remite otra u otras propuestas ulteriores sobre la misma materia que la oferta primitiva, pero cuyo contenido es antagónico.

No obstante la individualidad de este caso, podemos plantear una asimilación del mismo a otras causas de extinción de la oferta ya examinadas. Si la propuesta o propuestas consecutivas llegaran al destinatario con anterioridad a la primigenia, la situación creada evoca la retirada implícita de ésta. Por otra parte, cuando la oferta posterior alcance al eventual aceptante una vez que hubiera recibido –o conocido– la propuesta inicial, podríamos parangonar el trance con su revocación tácita. Sin embargo, también puede suceder que la oferta primigenia se haya configurado como irrevocable, por lo que, a diferencia de los casos anteriores, subsistiría hasta que finalizase el plazo señalado a tal efecto. De esta forma, convivirían en el tiempo dos o más ofertas<sup>501</sup>, y el asentimiento mostrado por su destinatario respecto de cualquiera de ellas daría paso a la válida constitución del contrato.

## **c. CRUCE DE OFERTAS**

Esta hipótesis presupone la actuación de los futuros contratantes, ya que implica la formulación de una propuesta por el oferente y la realización de otro

---

las tendencias más modernas, establece en términos generales que la validez del contrato no se ve afectada por el hecho de que en el momento de celebrarse la obligación contraída sea de cumplimiento imposible. Un contrato es válido aun cuando los bienes a los que se refiere hayan perecido al momento de contratar, con la consecuencia de que la imposibilidad originaria de cumplimiento se equipara a la imposibilidad que se presenta después de la celebración del contrato. Los derechos y obligaciones que surgen por la imposibilidad de cumplimiento de alguna o de ambas partes se determinarán de acuerdo a las normas sobre el incumplimiento. Conforme a estas disposiciones podría tenerse en cuenta, por ejemplo, el hecho de que el deudor o el acreedor conocieran la imposibilidad de cumplimiento en el momento de celebrarse el contrato. (...) Si la imposibilidad inicial de cumplimiento se debe a una prohibición legal (*v.gr.* a una prohibición de exportación o de importación), la validez del contrato dependerá de si, conforme al derecho bajo el cual se ha dictado la prohibición, ésta tiene el propósito de invalidar o simplemente de impedir el cumplimiento del contrato. El párrafo (1) también se aparta de algunos sistemas de tradición jurídica romanista que establecen el requisito de que el objeto del contrato sea posible. Este párrafo también discrepa con la exigencia de causa establecida por estos sistemas jurídicos, ya que en el supuesto de una imposibilidad inicial de cumplimiento falta la causa de la contraprestación”.

<sup>501</sup> Otro supuesto son las ofertas alternativas, en cuyo caso, según MENÉNDEZ MATO (“*La oferta ...*”, cit., p. 188), el oferente realiza dos o más propuestas con contenidos conexos sobre un mismo asunto, si bien diferentes, y deja a elección del destinatario seleccionar una u otra. Asimismo, expone que las ofertas alternativas pueden formularse inicialmente por el proponente o *a posteriori*. En este segundo caso, el citado autor nos sugiere dos posibilidades: en primer lugar, el oferente propone una oferta irrevocable y, antes de que transcurra el plazo de irrevocabilidad, formula una nueva, simple o también irrevocable, sobre la misma materia y dirigida al mismo destinatario; y, en segundo lugar, el oferente contempla expresamente en la propuesta primitiva que la realización de ofertas posteriores, por su parte o por el destinatario, no extinguirán la oferta primigenia.

ofrecimiento por el destinatario dirigido al primitivo oferente. Identificamos dos datos que singularizan este supuesto frente al que ocupa el apartado anterior, consistentes en que ambas ofertas deben ser de signo idéntico y que ninguno de los intervinientes conozca la propuesta recíproca del otro<sup>502</sup>. Este supuesto, si bien no reviste una importancia práctica cuantitativamente significativa, nos enfrenta a una duda que posee un atractivo intelectual insoslayable. El cauce paradigmático de la de la génesis contractual no sólo contempla la conjunción de dos manifestaciones de voluntad, sino que ambas se sucedan en orden cronológico. De esta manera, tradicionalmente, la oferta se caracteriza como la propuesta inicial en el tiempo, mientras que, de modo correlativo, la aceptación es la subsiguiente contestación.

La cuestión que debemos dilucidar nos enfrenta a la posibilidad de que el contrato resultante no surja a raíz de dos manifestaciones de voluntad consecutivas, sino independientes, de forma que ninguna se configura como causa o efecto de la otra. En otras palabras, la duda se concreta en la aptitud de dos ofertas, cuyo contenido es coincidente y cada una de ellas desconocida para la contraparte, como germen del nacimiento de un contrato y, consecuentemente, en causa de la extinción de una de las dos ofertas. El ejemplo que se ajusta a las premisas expuestas nos sitúa, por un lado, ante una oferta de compra de bienes, o de arrendamiento de servicios, a un precio determinado dirigida a un eventual aceptante y, por otro lado, ante una oferta de venta de esos mismos bienes, o de prestación de idénticos servicios, al mismo precio.

En sendas propuestas se aprecia la voluntad de contratar de los respectivos oferentes y las prestaciones ofrecidas coinciden, por lo que el único inconveniente que se aprecia para admitir la perfección contractual es que no se formulan sucesivamente. Ni la Propuesta de Modernización del Código Civil, ni sus antecedentes contemplan este supuesto, así como tampoco la doctrina, nacional y comparada, han prestado mucha atención a esta hipótesis y, en tal caso, los autores muestran opiniones dispares<sup>503</sup>. No obstante, hemos de reparar en que uno de los principios que comparten la Propuesta de Modernización y sus predecesores es la facilitación de la contratación y, junto con la nueva visión del contrato que

---

<sup>502</sup> PERALES VISCASILLAS, “*La formación del ...*”, cit., p. 385.

<sup>503</sup> Entre los escasos autores que han contemplado esta posibilidad, ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 176 y siguientes) y MORENO QUESADA (“*La oferta de ...*”, cit. p. 9) se posicionan en contra de la posibilidad de la perfección del contrato mediante el cruce de ofertas. En concreto, este último autor considera que, con base en el artículo 1.262 del vigente Código Civil, la aceptación debe responder a una oferta efectivamente conocida, así como también entiende que el tiempo es un elemento constitutivo de la oferta, de modo que el oferente no espera recibir la contestación antes de que transcurra el tiempo que ha previsto para la emisión de dicha respuesta, circunstancia que desaparece, al menos en parte, en este supuesto. A favor de la admisión de la posibilidad expuesta, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (op. cit., p. 261), quienes destacan que “[...] nada impide (...) que el contrato sea plenamente válido cuando en méritos de la simultaneidad u otra circunstancia, ninguna de las dos declaraciones pueda ser calificada de oferta o aceptación”; SCALS PELLICER (“*Oferta*”, cit., pp. 385 y 386), que se ocupa de concretar el momento de la perfección contractual, y PUIG BRUTAU (“*Fundamentos ...*”, cit., p. 180 y siguientes).

preconizan, si bien con las diferencias señaladas en los epígrafes precedentes, constituyen los puntales sobre los que erigir el intercambio de ofertas como motivo de extinción de estas y subsiguiente generación del contrato<sup>504</sup>.

Todos los textos de referencia en nuestra investigación reconocen la primacía del clásico esquema bilateral de la oferta y aceptación para la formación del contrato, pero, asimismo, afirman que dicho mecanismo no ampara todos los supuestos de génesis contractual, como en el caso de largas y complejas negociaciones, durante las cuales no resulta posible identificar dos declaraciones de voluntad que se correspondan con la oferta y aceptación, ni concretar el preciso momento en que se produce la perfección contractual. De este modo, todos ellos aceptan explícitamente que existen otros procedimientos de nacimiento del contrato, aunque sólo la Propuesta de Modernización del Código Civil alude expresamente a dos diferentes. A nuestro juicio, la ausencia de explícita mención a otros mecanismos de nacimiento del contrato obedece a la concepción abierta que mantienen con relación a dicha figura.

En esta línea, analizamos que los instrumentos mencionados han reducido las tradicionales exigencias para la conclusión de los contratos a las imprescindibles para asegurar la correcta formación del consentimiento contractual. En concreto, sólo requieren la intención de las partes de obligarse legalmente y un acuerdo suficiente. En conclusión, observamos que el presente supuesto puede configurarse no sólo como una causa de extinción de la oferta, sino como otra vía para la creación del contrato bajo la visión aperturista profesada por los antecesores de la Propuesta de Modernización del Código Civil, junto al posterior DCFR<sup>505</sup>.

Sin embargo, se presenta más difícil su admisión según los parámetros acotados por dicha Propuesta, por cuanto, como analizamos en su momento, adopta una postura intermedia que pretende armonizar la posición tradicional imperante en nuestro ordenamiento y la postura innovadora de los textos en que se inspira. En este punto, nos remitimos a las críticas que formulamos ante el resultado obtenido

---

<sup>504</sup> El Grupo de Trabajo de la CNUDMI propuso la adición de un párrafo al artículo 8 del Proyecto de Convención, del siguiente tenor: “*Se entenderá que el intercambio de ofertas idénticas constituye una manifestación de mutuo acuerdo que obliga a cada oferente, a menos que sin demora comunique al otro oferente que no se considera obligado*” (Anuario de la CNUDMI, V. IX, párrafos 105 a 108, pp. 43 y 44). Sin embargo, se retiró la propuesta mencionada por la excepcionalidad del caso y, sobre todo, porque su introducción supondría la modificación de los artículos relativos a la formación del contrato, a fin de acomodarlos a las particularidades del cruce de ofertas.

<sup>505</sup> PERALES VISCASILLAS (“*La formación del ...*”, cit., pp. 388 a 390) razona que, al menos teóricamente, conforme al sistema previsto por la Convención de Viena de 1980, es posible que el cruce de ofertas sea suficiente para entender un contrato perfeccionado. Por un lado, el texto vienés se muestra claramente favorable a permitir la perfección contractual obviando las normas clásicas de la teoría del consentimiento, que exigen la coincidencia de voluntades simétricas y, por tanto, la conclusión del contrato se alcanza aun cuando no resulte posible individualizar la oferta y la aceptación y a pesar de que no se pueda concretar el momento exacto en que se produce la perfección del mismo. Además, en apoyo de la conclusión anterior, alude al principio de libertad de forma que acoge la citada Convención, según el cual no resultaría necesaria ninguna solemnidad especial para expresar la voluntad contractual, junto al hecho de que la diferencia entre la oferta y la aceptación deriva de un mero matiz cronológico.

y a la apremiante necesidad de que opte claramente por una u otra perspectiva. Asimismo, nos atenemos a nuestra razonada predilección por la innovadora concepción de los predecesores de la Propuesta de Modernización y, en una actitud consecuente, a la admisión de este supuesto<sup>506</sup>.

---

<sup>506</sup> A nuestro modo de ver, no podría contemplarse el cruce de ofertas en el supuesto de ofertas dirigidas al público, porque el intercambio de propuestas debe producirse entre personas determinadas *ab initio*, lo que, como ya hemos expuesto, no acontece cuando el oferente lanza su propuesta a la colectividad en general.



## CAPÍTULO TERCERO

### LA ACEPTACIÓN CONTRACTUAL: CONCEPTO Y MODALIDADES

#### I. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS GENERALES

La Propuesta de Modernización del Código Civil contempla -en el artículo 1.250, primer párrafo- la definición de aceptación, y la concibe como cualquier declaración o acto del destinatario que revele conformidad con la oferta<sup>507</sup>. Asimismo, exceptúa de dicho concepto el silencio o la inacción por sí solos. En consecuencia, la última locución empleada abre la posibilidad de que ambas alternativas puedan llegar a expresar el asentimiento del receptor de la propuesta inicial, si bien cuando concurren ciertas circunstancias que la citada Propuesta no concreta, ni siquiera de forma aproximada.

A su vez, el quinto párrafo del mentado artículo completa el que acabamos de mencionar, dado que estima factible la aceptación de un contrato expresada a través del inicio de la ejecución del mismo y -este es el dato trascendente- sin necesidad de comunicación al oferente. No obstante el acogimiento de semejante eventualidad, la Propuesta de Modernización objeto de nuestra investigación la condiciona a que se hubiera dispuesto en la oferta o resultase acorde bien con las prácticas instituidas entre las partes bien con los usos negociales. Además, al igual que cualquier otra exteriorización de aquiescencia por parte del destinatario, requiere que se realice tempestivamente<sup>508</sup>.

Podemos establecer un claro paralelismo entre el elemento subjetivo que debe estar presente en la oferta y aquel que ha de verificarse en la aceptación. Unánimemente, la doctrina y la jurisprudencia<sup>509</sup> vienen exigiendo que la

---

<sup>507</sup> La descripción que acoge la Propuesta de Modernización del Código Civil coincide sustancialmente con el posicionamiento tradicional de la doctrina y jurisprudencia patrias. Según GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., pp. 108 a 110), la aceptación es una declaración de voluntad que emite el destinatario de la oferta, o el primero de ellos cuando la oferta se dirigió al público -ya que necesariamente es individual-, por la que aquél muestra su conformidad a la misma. Su característica fundamental es que, al contener la oferta los elementos del contrato de que se trata, basta para perfeccionarlo al unirse a la misma. Al igual que la oferta debe reunir unos requisitos, también han de predicarse otros de la aceptación, aunque el oferente puede demandar componentes adicionales -v. gr., de forma- o suprimir otros -ad. ex., que el comienzo de la ejecución del contrato se equipare a la declaración de aceptación-. Señala, como requisitos básicos de la aceptación, que debe expresar un consentimiento absoluto a la oferta, ser simple y pura, dirigirse al oferente y resultar tempestiva.

<sup>508</sup> Antes de profundizar en el estudio de la aceptación, debemos traer a colación que la Propuesta de Modernización del Código Civil establece expresamente, en el artículo 1.239, nº 2, que la manifestación de voluntad puede plasmarse de modo expreso o resultar de actos concluyentes. Además, hemos de recordar que en el párrafo primero de dicho precepto se establece el consensualismo como principio general en el ámbito contractual, y el principio de libertad de forma para la expresión del consentimiento, salvo que la ley o las partes exijan que conste por escrito u otro requisito. También debemos rememorar nuestra exposición sobre las corrientes interpretativas imperantes, con carácter tradicional, en el seno de los sistemas jurídicos del *Civil Law* -subjetiva- y del *Common Law* -objetiva-, y la tendencia actual en los primeros a combinar los criterios de ambas tendencias.

<sup>509</sup> Vid. SSTs, Sala de lo Civil, 22 junio 1966, 13 marzo 1973 y 26 febrero 1994.

aceptación, del mismo modo que la propuesta que la motiva, ha de reflejar la voluntad del aceptante de quedar obligado contractualmente y, por tanto, también se requiere que su respuesta sea seria e inequívoca, así como definitiva<sup>510</sup>. Por consiguiente, no podrán configurarse como aceptación aquellas declaraciones que, aunque no rechacen de plano la oferta, tampoco incorporen una intención rotunda de concluir el contrato propuesto<sup>511</sup>.

En el sentido expuesto, la contestación del receptor de la propuesta inicial se puede limitar, por ejemplo, a manifestar interés por tal oferta, a acusar recibo de su recepción, a solicitar información sobre extremos no previstos, o a demandar más datos con relación a puntos contenidos en la propuesta primigenia, lo que excluye que dicha contestación adquiera la virtualidad de provocar la perfección contractual<sup>512</sup>. Asimismo, tampoco constituiría aceptación aquella respuesta que se someta a plazo o a condición, por cuanto semejante respuesta no podría calificarse como definitiva, aun cuando el oferente no haya establecido la necesidad de una aceptación pura y simple. En este caso, los efectos propios de la contestación del destinatario se subordinan al transcurso de un lapso temporal o a que acontezca cierto hecho<sup>513</sup>.

Consideramos oportuno precisar que tampoco podremos entender que el potencial aceptante rechaza la propuesta inicial y formula una contraoferta, que, por tanto, debería ser objeto de aceptación por el primer oferente. Creemos que, lisa y llanamente, no hay aceptación hasta que concurre el hecho en que consiste la condición establecida<sup>514</sup>. En nuestra opinión, el oferente no queda obligado por su proposición *pendente condicione* y el contrato sólo se entenderá celebrado si la condición se cumple antes de que la oferta se extinga. Sin embargo, conforme al

---

<sup>510</sup> CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., p. 748.

<sup>511</sup> Díez-PICAZO (“*La formación...*”, cit., p. 20) explica que el carácter primordial de la aceptación es la concordancia del aceptante con la oferta, que lleva implícita la voluntad de quedar vinculado contractualmente. De esta forma, surge un problema de interpretación de las respuestas a la oferta, en la medida de si incorporan o no la voluntad contractual, que es muy similar al que se plantea respecto de la oferta. Para el citado autor, la consecuencia es que no constituyen aceptación en sentido técnico las manifestaciones realizadas por el destinatario que no integren la voluntad contractual, aunque no rehúsen la propuesta inicial.

<sup>512</sup> GONZÁLEZ GOZALO (“*La formación ...*”, cit., p. 694) indica que la exigencia de que la aceptación exprese la intención seria e inequívoca del destinatario de quedar obligado en los términos señalados por el oferente conduce a excluir las declaraciones realizadas *iocandi causa*, los acuses de recibo y las solicitudes de aclaración. Por el contrario, admite que se puedan configurar como genuinas aceptaciones las que se expresen graciosamente o en términos tales que denoten algún grado de insatisfacción o descontento del destinatario, salvo que puedan ofrecer dudas sobre la voluntad de perfeccionar el contrato.

<sup>513</sup> ALBALADEJO GARCÍA, “*Derecho ...*”, cit., p. 403.

<sup>514</sup> Por el contrario, la STS, Sala de lo Civil, 14 marzo 1973, establece que “Si la aceptación se formula modificando o alterando la propuesta o someténdola a condición, no es posible apreciar su existencia, sino la de una simple proposición que deja el convenio en estado de proyecto, en tanto manifieste su conformidad el primer oferente, como ya se hizo constar en el Derecho Romano (Epígrafe Tercero, Título I, Libro XLV del Digesto) en algunas legislaciones extranjeras y en la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 2 octubre 1967 y 10 octubre 1962”. Nos interesa destacar la STS, Sala de lo Civil, 10 octubre 1962, porque contempla el caso en el que el eventual aceptante subordinó su aceptación al hecho de que prestase su conformidad un tercero. De este modo, la respuesta del tercero no forma parte del contrato ni es necesaria como aceptación de la oferta, sino como condición, pero si ésta no se produce, no cabe predicar el asentimiento del destinatario. Vid. también las SSTs, Sala de lo Civil, 7 junio 1986, 26 marzo 1993, 31 diciembre 1998 y 20 abril 2001.

poder omnímodo que el proponente ostenta sobre su oferta, éste puede rehusar el plazo o la condición propuesta por el destinatario y retirar la propuesta, aunque no haya previsto *ab initio* dicha posibilidad.

Junto a este requisito, y debido a su naturaleza *recepticia*, también se indica que debe ir dirigida al oferente<sup>515</sup>. De modo natural, se establece una clara concomitancia entre este requisito y la exigencia de que la oferta se dirija a una o varias personas determinadas<sup>516</sup>. Como puede inferirse fácilmente, la situación reviste menor complejidad que en el caso de la proposición inicial, por cuanto no surgirán dudas sobre si la determinación del destinatario o destinatarios debe producirse en esa declaración o puede realizarse posteriormente, ni sobre la posibilidad de que pueda dirigirse al público o a un colectivo más restringido, pero igualmente indeterminado. Sencillamente, el proponente debe recibir -y, en su caso, conocer- la respuesta del eventual aceptante para lograr la perfección contractual<sup>517</sup>.

Por lo que concierne al componente objetivo de la aceptación, cuya traslación literal desde las consideraciones expuestas con relación a la oferta supondría proclamar la completitud de la aceptación, consideramos que es el elemento que presenta una mayor distancia respecto a su configuración en la propuesta primigenia. En este momento, hay que recordar que la doctrina y la jurisprudencia estiman que uno de los rasgos característicos de la oferta radica en que contenga los elementos necesarios o esenciales del contrato proyectado y, en consecuencia, la perfección contractual se alcanza cuando recaiga el mero asentimiento de su destinatario.

De esta forma, la respuesta del destinatario no requiere un contenido preciso, ni menciones mínimas de carácter obligatorio, sin perjuicio de los requerimientos que, a tal efecto, pueda establecer el oferente<sup>518</sup>. Generalmente, resultará suficiente que el potencial aceptante conteste de modo afirmativo, por lo que, obviamente, no deberemos resolver las complejas disquisiciones que abordamos con relación a la proposición a que obedece. Sin embargo, parte de la doctrina entiende que la

---

<sup>515</sup> PUIG BRUTAU, “Fundamentos ...”, cit., pp. 215 y 216.

<sup>516</sup> CUADRADO PÉREZ, “La formación ...”, cit., p. 231.

<sup>517</sup> MENÉNDEZ MATO (“La oferta ...”, cit., pp. 225 y 226) expone, al igual que el resto de la doctrina, que la aceptación debe ser tempestiva, es decir, que ha de ser formulada durante la vigencia de la oferta. Sin embargo, matiza que la tempestividad no sólo se relaciona con el momento de extinción de la proposición contractual, sino también con el término inicial de la misma, es decir, para que la aceptación sea efectiva requiere de una previa oferta. De esta forma, la propuesta del oferente se perfecciona desde el instante en que su destinatario la recibe –y, en su caso, la conoce– por la vía seleccionada por aquél. Por este motivo, si el destinatario conoce la proposición a través de un cauce diferente al utilizado por el proponente y le traslada su contestación, el citado autor entiende que se producirá un supuesto de «aceptación anticipada» y, por consiguiente, no desplegará su eficacia. Igualmente, proclama el mismo efecto cuando el oferente disponga un término inicial a la oferta y la aceptación se transmita con antelación al mismo.

<sup>518</sup> COCA PAYERAS (op. cit., p. 450) señala que la aceptación es una declaración de voluntad, también recepticia, emitida por aquel a quien se dirigió la oferta, y con un contenido mínimo pero fundamental: conformidad con los términos contractuales contenidos en la oferta («cosa y causa» ex artículo 1.262 Código Civil). Asimismo, expone que presenta dos exigencias: debe ser congruente y conforme con la oferta.

vertiente objetiva de la respuesta del destinatario se proyecta hacia la correspondencia exacta con el contenido de la propuesta primigenia, así como a la tempestividad de aquélla.

Por lo que se refiere al primer requisito mencionado, se abre el interrogante acerca de la posibilidad de que la aceptación pueda alterar o modificar los términos de la oferta, sin que tal circunstancia constituya un obstáculo para considerar celebrado el contrato. En cuanto a la necesidad de que la respuesta del destinatario sea recibida –o conocida– antes de que se extinga la oferta por alguna de las causas que hemos analizado en el capítulo anterior, examinaremos detenidamente las excepciones a dicha regla general, que pueden suponer considerar concluido el contrato incluso cuando la aceptación se haya formulado con retraso.

A pesar de las lógicas diferencias que existen entre los elementos que caracterizan la oferta y la aceptación –que acabamos de exponer sucintamente–, entendemos, junto con la doctrina nacional y la jurisprudencia<sup>519</sup>, que resulta perfectamente posible remitirnos en relación con estas cuestiones a la exposición contenida en el capítulo dedicado a la propuesta contractual, ya que las consideraciones allí efectuadas son, con las debidas adaptaciones, extrapolables a la figura de la aceptación<sup>520</sup>. Por consiguiente, podremos centrar nuestra atención en el estudio y análisis de los extremos relacionados con la respuesta del destinatario que, a nuestro modo de ver, ofrecen mayor interés por las particularidades que encierran.

En nuestra opinión, la característica más significativa de la aceptación frente a la oferta –que, pacíficamente, señalan la doctrina y la jurisprudencia– se refiere a la *libertad de la forma* en que la aceptación puede materializarse<sup>521</sup>. En consecuencia, no existe impedimento alguno para que la contestación del destinatario se exprese bien de forma escrita, verbal o gesticular, bien de forma expresa o tácita. Sin perjuicio de lo anterior, dicho axioma presenta excepciones, ya que el oferente puede exigir en la propuesta inicial, al amparo de la amplia facultad de disposición que ostenta sobre su proposición, que la aceptación deba manifestarse en una forma determinada<sup>522</sup>.

---

<sup>519</sup> LACRUZ BERDEJO (“*Elementos ...*”, cit., p. 375) afirma que a la aceptación corresponden los mismos caracteres de recepticia, completa y definitiva que se atribuyen a la oferta, a falta de los cuales no podría invocarse el concurso de voluntades que constituye el consentimiento. Vid. la interesante STS, Sala de lo Civil, 19 junio 1980.

<sup>520</sup> LARA AGUADO, op. cit., p. 66.

<sup>521</sup> La STS, Sala de lo Civil, 7 diciembre 1966, establece que “Siquiera aquella manifestación pueda hacerse a través de diversos medios que van desde el empleo del lenguaje, ya sea verbal, escrito o simplemente mímico, hasta el mero silencio, cuando por la peculiar situación del sujeto deba entenderse, por sí mismo, como una expresión de voluntad”.

<sup>522</sup> ALBALADEJO GARCÍA (“*Derecho ...*”, cit., pp. 403 y 404) señala que, por aplicación del principio de libertad de forma, la aceptación no requiere una determinada para ser válida, salvo que, excepcionalmente, sea exigida por la ley o, de acuerdo al artículo 1.255 del Código Civil, por la voluntad de los particulares. Este último caso es el que denomina forma voluntaria y aclara que puede venir impuesta mediante previo acuerdo de las partes o por disposición unilateral del

Asimismo, también se apunta la posibilidad de que una norma o un acuerdo anterior de las partes restrinjan la formulación de la aceptación a un modo preciso, que, con frecuencia, se refiere a la forma escrita<sup>523</sup>. Además, se pone de relieve que, en ocasiones, los usos negociales, las prácticas instituidas entre las partes o las normas legales exigen que la aceptación se realice de forma expresa<sup>524</sup>. Por último, también se reconoce factible la imposición por parte del oferente de que la respuesta del destinatario se complemente con la realización de un acto de ejecución del contrato. De esta manera, la aceptación que no vaya unida a dicho acto será ineficaz y no perfeccionará el contrato propuesto, pero mientras la oferta no se extinga, el eventual aceptante podrá realizar el acto requerido y culminar la conclusión contractual<sup>525</sup>.

En cuanto a los textos de Derecho Uniforme que guiaron los pasos de los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil, los que despliegan una mayor influencia son, claramente, la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit. Hasta tal punto se detecta el ascendiente de tales precursores, que el artículo 1.250 de la citada Propuesta de Modernización es, básicamente, una fiel reproducción del artículo 18 de la Convención vienesa y de los artículos 2.1.6 y 2.1.7 de los Principios Unidroit, si bien este instrumento romano reconoce, a su vez, el influjo ejercido por la citada Convención<sup>526</sup>.

No obstante lo anterior, se observa una separación en lo concerniente a la posibilidad de aceptar mediante el comienzo de la ejecución del contrato sin comunicación al oferente. En este punto, la Propuesta de Modernización parece seguir la opción adoptada por los PECL - art. 2:205- y, por evidente imitación, por el DCFR -art. II.- 4:205-, ambos bajo la rúbrica “*Momento de conclusión del contrato*”-.

---

proponente. El citado autor reflexiona sobre la viabilidad del segundo supuesto, no sólo con base en el principio de autonomía de la voluntad, sino a través de la posibilidad de entender configurada la oferta bajo la condición de que respetara la forma establecida por el oferente, o mediante la alternativa de entender que la propuesta contractual sólo se dirige al destinatario que la conteste de la manera prevista. La jurisprudencia también reconoce esta facultad del oferente –vid. la STS, Sala de lo Civil, 24 enero 1957, en la que se estima que la aceptación que no cumple las exigencias formales impuestas por el oferente no es efectiva-.

<sup>523</sup> El Código Civil vigente no establece un principio general, pero contempla en los artículos 999 y 1.710 que la aceptación puede ser expresa o tácita. En cualquier caso, no se discute que en nuestro ordenamiento rige el principio de libertad de forma, introducido por el Ordenamiento de Alcalá de 1.348, y que, actualmente, se plasma en los artículos 1.254, 1.258, 1.261 y 1.278. Por otra parte, el actual artículo 1.255 daría cobertura a la exigencia de una forma concreta por el oferente. Existen numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que reconocen la posibilidad de que la aceptación sea expresa o tácita, como las SSTs, Sala de lo Civil, 10 octubre 1963, 8 febrero 1964, 28 abril 1986 y 28 junio 1993.

<sup>524</sup> DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos ...*”, cit., p. 374) explica que la exigencia formal de la aceptación puede obedecer a los usos de los negocios, las prácticas particulares de los intervinientes o a las normas legales dispositivas, cuya aplicación las partes no hayan excluido.

<sup>525</sup> GONZÁLEZ GOZALO, “*La formación ...*”, cit., p. 697.

<sup>526</sup> A su vez, el artículo 18 de la Convención de Viena de 1980, según relata DÍEZ-PICAZO (“Artículo 18”, VVAA *La Compraventa Internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director y Coordinador DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998, p. 181), tiene, parcialmente, su origen en el artículo 16 de la LUF. Asimismo, nos indica el citado autor que las discusiones se centraron, especialmente, en los problemas que planteaban el silencio y las aceptaciones tácitas. Por lo que concierne a la influencia desplegada por el artículo 18 del texto vienés sobre los Principios Unidroit, vid. los comentarios realizados al artículo 2.1.6 –versión 2004-, op. cit., p. 47.

A diferencia de la citada Propuesta y de los dos antecesores mencionados, los PECL y el DCFR contemplan las previsiones relativas a la aceptación que vamos a analizar en tres preceptos diferentes, si bien mantienen una redacción similar a la utilizada por la Convención de Viena de 1980 y por los Principios Unidroit<sup>527</sup>.

De esta forma, los instrumentos internacionales en que se inspira la Propuesta de Modernización del Código Civil también exigen que la aceptación emitida por el destinatario de la oferta debe revelar su intención clara e inequívoca de celebrar el contrato propuesto por el oferente<sup>528</sup> y, como consecuencia de su naturaleza recepticia, debe dirigirse al mismo<sup>529</sup>. La exteriorización de dicha voluntad se puede llevar a cabo mediante declaraciones de voluntad expresas o manifestaciones tácitas<sup>530</sup>, aunque también se admite que la respuesta del eventual aceptante sea el silencio. En este último caso, deberán concurrir ciertas circunstancias que ni la Propuesta de Modernización ni sus antecesores precisan, por lo que, como acontece en nuestro ordenamiento jurídico, tendremos que acudir a ciertas pautas que examinaremos en el subepígrafe correspondiente.

## **II. TIPOS DE MANIFESTACIONES DE VOLUNTAD**

### **1. EXPRESAS Y TÁCITAS**

Sentado el principio general de la libertad de forma, la clasificación que aún a mayor consenso es la que distingue entre manifestaciones de voluntad de carácter expreso y las emitidas de forma tácita, y, a su vez, observamos diferentes criterios para discernir entre ambos arquetipos. La distinción más nítida es la que, tradicionalmente, sostiene la jurisprudencia. Se califican como expresas las que se realizan mediante palabras, verbales o escritas, mientras que las tácitas serían las representadas por medio de hechos o actos, a los que denomina, habitualmente, *facta concludentia*<sup>531</sup>.

El requisito que se repite en todos los pronunciamientos recaídos en esta materia es que tales actos deben caracterizarse como concluyentes, inequívocos,

---

<sup>527</sup> “La oferta y la aceptación en el DCFR (Draft Common Frame of Reference)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, pp. 85 a 97.

<sup>528</sup> LANDO y BEALE, op. cit., p. 239.

<sup>529</sup> DÍEZ-PICAZO, “Artículo 18, VVAA La Compraventa ...”, cit., p. 181.

<sup>530</sup> LARA AGUADO (op. cit., p. 83) indica que “[...] El art. 18.3º CV es una clara muestra de la admisión como aceptación del inicio de la ejecución de un contrato y, además, sin necesidad de que le haya sido comunicado este inicio de ejecución al oferente. Constituye una excepción a la regla general que se establece en el art. 18.2º CV, que sí requiere comunicación al oferente. En el *common law* también tienen valor los hechos concluyentes, pero con una diferencia importante (...). Por tanto, el inicio de la ejecución del contrato por el destinatario es una aceptación que vincula al oferente, siempre que se le comunique el inicio de la ejecución, pues, de lo contrario, el oferente quedará exonerado de sus obligaciones contractuales”.

<sup>531</sup> Sin embargo, existen algunos pronunciamientos jurisprudenciales en los que el Tribunal Supremo parece admitir que la aceptación tácita se pueda expresar tanto mediante el comportamiento como a través de las declaraciones del destinatario de la oferta, siempre que resulte implícito su asentimiento (SSTS, Sala de lo Civil -24 enero 1957 y 24 mayo 1975- y Sala de lo Social -18 febrero 1981 y 24 marzo 1983-).

evidentes y claros, de modo que revelen la voluntad contractual del aceptante<sup>532</sup>. En esta línea, considera que son actos o conductas concluyentes supuestos en los que se inicia la ejecución del contrato sin que haya una declaración previa de conformidad por parte del hipotético aceptante<sup>533</sup>; en los contratos onerosos, la admisión del pago total o parcial del precio<sup>534</sup> y el pago del precio, aun cuando es superior al pactado por las partes<sup>535</sup>; y aprovecharse de los efectos beneficiosos del contrato sin oposición<sup>536</sup>. Igualmente, nuestro Alto Tribunal caracteriza como manifestaciones tácitas determinados supuestos en que el destinatario de la oferta no desarrolla un comportamiento activo. De esta forma, pondera su silencio como la expresión de su intención de concluir el convenio que le ha propuesto el oferente, si bien han de concurrir ciertas circunstancias, que analizaremos en el apartado correspondiente<sup>537</sup>.

En cuanto a la doctrina, resulta sencillo detectar indudables contradicciones entre las diferentes clasificaciones elaboradas al efecto, debido a que los autores utilizan las mismas denominaciones conceptuales, pero les asignan distintos significados<sup>538</sup>. Por lo que se refiere a las manifestaciones expresas y tácitas, la doctrina presenta la primera distinción en función del medio por el que se exteriorizan, al que denomina criterio objetivo. De este modo, cuando la manifestación se exteriorice a través de las vías que normalmente se utilizan para tales fines -*v.gr.* palabras escritas o verbales-, se califica como expresa. En cambio, cuando la intención del declarante se expresa mediante una conducta, se considera que estamos ante una manifestación tácita<sup>539</sup>.

---

<sup>532</sup> La STS, Sala de lo Civil, 2 febrero 1990, explica que “[...] existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta que al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna; en definitiva se trata de los hechos concluyentes (*facta concludentia*) y como tales inequívocos que sin ser medio directo de exteriorización del interno sentir lo da a conocer sin asomo de duda, de suerte que el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia”. En la misma línea, podemos citar también las SSTs, Sala de lo Civil, 14 junio 1963, 26 mayo 1986, 19 diciembre 1990, 11 julio 1994 y 29 diciembre 1995.

<sup>533</sup> STS, Sala de lo Civil, 13 abril 1982.

<sup>534</sup> La STS, Sala de lo Civil, 28 febrero 1990, entiende que el pago de la prima del seguro por el asegurado constituye un hecho concluyente del asentimiento a la perfección del contrato de seguro ofrecido por la aseguradora, pero ya había admitido, con anterioridad, que la percepción de dinero, cuya razón de ser descansa en el contrato propuesto, implica aquiescencia al mismo –STS, Sala de lo Civil, 24 enero 1957–.

<sup>535</sup> STS, Sala de lo Civil, 31 marzo 1982.

<sup>536</sup> STS, Sala de lo Civil, 24 octubre 1979.

<sup>537</sup> De todos modos, debemos tener presente que la valoración de la existencia de consentimiento contractual es, a juicio del Tribunal Supremo, una cuestión de hecho que se reserva a la apreciación de los juzgados de instancia (SSTS, Sala de lo Civil, 7 octubre 1992 y 21 febrero 1994). En consecuencia, podemos observar cierto grado de discrecionalidad en la valoración de la perfección de un contrato a consecuencia de una declaración tácita de aceptación, que se ha puesto de relieve en alguna sentencia (STS, Sala de lo Civil, 28 septiembre 1987).

<sup>538</sup> ALBALADEJO GARCÍA (*El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 86 y 87) es el autor que, con mayor claridad, ha introducido la distinción entre la perspectiva objetiva y subjetiva para caracterizar las manifestaciones expresas y las tácitas.

<sup>539</sup> FERRARI (op. cit., pp. 136 y 137) expone que existen referencias a la posibilidad de que el consentimiento sea expreso o tácito en diferentes ordenamientos –art. 1, párr. 2, Código de las obligaciones suizo; arts. 1.386 y 1.389, Código civil Quebec; § 863 ABGB; art. 60 Código civil argelino; art. 90 Código civil egipcio; art. 1320 Código civil filipino o art. 28

En contraposición, se apunta la existencia de un criterio subjetivo, en función del cual estaremos ante una manifestación expresa cuando ésta se efectúe con la clara intención de comunicar su voluntad, con independencia del medio de revelación que se emplee –palabras escritas o verbales, gestos, actos, etc.-. Por el contrario, se identifica la manifestación tácita con aquella que pone de manifiesto la voluntad del declarante, si bien éste no se propone tal objetivo. En este caso, resulta indiferente que el emisor de la declaración utilice el lenguaje escrito, verbal o gestual, o que se exprese mediante su comportamiento.

Una vez establecidas las premisas básicas de los dos parámetros que maneja la doctrina, hemos de advertir que los autores introducen diferentes matices a las mismas. En este sentido, algunos autores argumentan que no se puede predicar la aplicación estricta de los dos criterios expuestos<sup>540</sup>. De esta forma, a pesar de que el criterio subjetivo exige únicamente la patente intención del declarante para calificar una manifestación como expresa, apuntan que también resulta necesario que el destinatario pueda reconocer dicha voluntad. Este último requerimiento conduce indefectiblemente a demandar que la misma se comunique a través de los medios habituales o, en su defecto, de los pactados por las partes<sup>541</sup>.

Otros autores, sin embargo, califican las declaraciones de voluntad mediante la conjugación de ambos criterios, por lo que la misma manifestación se puede observar desde una doble perspectiva y, por tanto, puede revestir los rasgos de las dos clasificaciones expuestas. De esta forma, una manifestación expresada a través de una conducta se conceptuaría como objetivamente tácita, ya que se expresa a través de actos y no de palabras, escritas u orales. Sin embargo, si se desprende claramente de tal comportamiento la voluntad del declarante, también se definiría como subjetivamente expresa, dado que no habría que inferir dicha intención mediante conjeturas ni presunciones<sup>542</sup>.

---

Ley sobre obligaciones yugoslava-, pero, en la inmensa mayoría de los casos, no se prevé la distinción entre uno y otro. En consecuencia, se deben examinar las manifestaciones de voluntad que componen el acuerdo de las partes y, fruto de dicha observación, el citado autor deduce que pueden calificarse como *acuerdos expresos* aquellos que están formados por declaraciones de voluntad, que se circunscriben a los signos del lenguaje, si bien estos comprenden no sólo las palabras, sino también aquellos instrumentos comunicativos reconocidos como tales socialmente, como, por ejemplo, alzar el brazo en una sala de subastas. Por el contrario, *un acuerdo será tácito* cuando la voluntad de los intervinientes se manifieste «mediante comportamientos, de los que pueda deducirse con certeza la existencia del propósito contractual», tal y como se recoge textualmente en el artículo 28 de la Ley sobre obligaciones yugoslava, y admite la doctrina de la mayor parte de los sistemas jurídicos de nuestro entorno.

<sup>540</sup> CUADRADO PÉREZ (“Oferta, aceptación, ...”, cit., pp. 211 y 212) explica que la clave para trazar la línea divisoria entre la aceptación expresa y la tácita no se localiza sólo en el medio empleado para emitir la misma, sino también en el modo, explícito o implícito, por el que se exterioriza la voluntad de contratar.

<sup>541</sup> Con posterioridad, CUADRADO PÉREZ (“La formación ...”, cit., p. 255) puntualiza su opinión anterior en el sentido de indicar que, como consecuencia de aunar el medio de expresión de la voluntad junto con el modo de dicha comunicación para distinguir entre manifestaciones expresas y tácitas, la aceptación expresa deberá efectuarse bien a través de una vía que, naturalmente, se dedique a revelar la voluntad, bien mediante otra clase de actos, cuyo valor como manifestación de voluntad contractual haya sido previamente establecido por las partes o los usos.

<sup>542</sup> MENÉNDEZ MATO, “La oferta ...”, cit., pp. 158 a 160.



Por otro lado, podemos observar que la jurisprudencia muestra, en la mayoría de los casos analizados, una notoria predilección por el criterio objetivo a la hora de distinguir entre las manifestaciones de voluntad expresas y tácitas, ya que la diferenciación entre las mismas se basa en el medio o vía mediante el que se exteriorizan. Sin embargo, ello no obsta para que también valore el componente subjetivo, dado que exige que las conductas –a las que considera indefectiblemente manifestaciones tácitas- evidencien claramente, en la hipótesis de la aceptación, la intención de su autor de concluir el contrato propuesto<sup>543</sup>. De esta forma, el Tribunal Supremo requiere que las actuaciones a las que se anude el efecto de una aceptación tácita deben revestir tal naturaleza o aglutinar tales circunstancias que no ofrezcan dudas acerca del consentimiento de la persona que las ha ejecutado<sup>544</sup>.

En esta dirección, se insiste en que deben ser actos de carácter positivo<sup>545</sup>, y que corroboren inequívocamente la intención de aceptar<sup>546</sup>. La consecuencia es que no podrán admitirse como aceptación el mero conocimiento de la conducta ajena sin réplica ni protesta<sup>547</sup>, ni los actos de mera tolerancia<sup>548</sup>, ni los actos equívocos, ni las actitudes de significado incierto o las conductas que sean incompatibles con una voluntad diferente e, incluso, contrapuesta a la aceptación<sup>549</sup>. Por último, para la adecuada ponderación de la conducta del eventual aceptante, nos remite a valorar «en cada caso las circunstancias que exigen la buena fe y el recto criterio de las relaciones sociales»<sup>550</sup>. En consecuencia, no se puede establecer apriorísticamente un catálogo de actuaciones, conductas, comportamientos o actos que, sin lugar a dudas, pueden servir para expresar la conformidad del destinatario ante la propuesta recibida<sup>551</sup>.

---

<sup>543</sup> MARTÍNEZ GALLEGU, op. cit., p. 78. Con anterioridad, la citada autora expone que el Tribunal Supremo ha llegado a admitir como aceptación las que denomina *declaraciones de voluntad negligentes*. Se definen, según la STS, Sala de lo Civil, 7 diciembre 1989, como “[...] aquellas en que el ordenamiento jurídico, en ciertos casos, equipara a una declaración de voluntad una conducta por la que se despierta descuidada o negligentemente la apariencia de una declaración de voluntad que consta de forma indubitada”.

<sup>544</sup> STS, Sala de lo Civil, 30 noviembre 1965.

<sup>545</sup> La STS, Sala de lo Civil, 17 febrero 2005, señala que “El consentimiento, en los negocios jurídicos, puede ser prestado en forma tácita, pero, en todo caso, la declaración de voluntad emitida indirectamente ha de resultar determinante, clara e inequívoca, sin que sea lícito deducirla de expresiones o actitudes de dudosa significación (...) El consentimiento tácito ha de emanar de actos de positivo valor demostrativos de una voluntad determinada”. No obstante, como veremos posteriormente, el Tribunal Supremo considera que también constituyen hechos concluyentes ciertos comportamientos negativos del destinatario de la oferta.

<sup>546</sup> SSTs, Sala de lo Civil, 30 noviembre 1957, 28 junio 1993, 29 diciembre 1995.

<sup>547</sup> SSTs, Sala de lo Civil, 6 abril 1963, 10 junio 1963 y 27 enero 1964.

<sup>548</sup> STS, Sala de lo Civil, 7 noviembre 1961.

<sup>549</sup> SSTs, Sala de lo Civil, 5 octubre 1957, 17 febrero 1958, 14 junio 1963, 10 junio 1966, 19 diciembre 1990 y 28 junio 1993.

<sup>550</sup> STS, Sala de lo Civil, 14 junio 1965.

<sup>551</sup> DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos ...*”, cit., p. 375) indica que es una cuestión que debe resolverse casuísticamente. De todas formas, afirma que pueden equipararse a la aquiescencia indirecta o mediata la conducta que implique ejecución de la prestación contractual, aunque no llegue a realizarse por completo –v. gr. expedición parcial de los bienes o pago de una parte del precio- o, incluso, la preparación de su cumplimiento –ad. ex. apertura de crédito documentario-.

Por su parte, la generalidad de la doctrina comparte la preferencia por la valoración de las manifestaciones de voluntad desde una perspectiva objetiva, pero asume esa postura con un alcance mayor que el adoptado por nuestros tribunales. De este modo, la mayor parte de los autores admite que las manifestaciones expresas se exterioricen no sólo mediante palabras, escritas u orales, sino también mediante signos de cuyo explícito significado no se alberguen dudas, y se proponen reiteradamente como paradigmas las conductas de asentir con la cabeza o estrechar la mano ante una propuesta o levantar el brazo en una subasta<sup>552</sup>.

En este momento, resulta inexcusable traer a colación la aportación de uno de nuestros insignes civilistas, DE CASTRO, quien sugiere la oportunidad de reemplazar la expresión declaración de voluntad por la de «conducta expresiva o negocial». Esta sustitución proporcionaría una doble ventaja. Por una parte, se acogería sin reservas la realización de actos como medio de comunicar la voluntad, de forma que se incluiría cualquier conducta a la que socialmente se le atribuya esa significación. Por otra parte, serviría para advertir sobre la necesidad de observar toda la actividad desplegada por el declarante, por cuanto el significado de la misma puede verse alterado o suprimido por actos contradictorios<sup>553</sup>, a través de indicaciones previas o mediante la retractación sin demora<sup>554</sup>.

Asimismo, también se presenta oportuno realizar una breve alusión a la doctrina de las *relaciones contractuales de hecho*, creada en 1941 por HAUPT. Si bien podemos afirmar que ha sido superada por la propia doctrina alemana en una evolución ulterior, consideramos que ilustra perfectamente la complejidad que

---

<sup>552</sup> MENÉNDEZ MATO (“*La oferta ...*”, cit., pp. 156 y 157) señala que surgen variantes, de forma que no todos los autores admiten esos gestos como declaraciones expresas mientras que otros los admiten, pero no los denominan así, e incluyen supuestos novedosos.

<sup>553</sup> El nexo entre las declaraciones tácitas y la doctrina de los actos propios se estableció por el Tribunal Supremo en fechas tempranas –Sala de lo Civil, 29 enero 1965–, al indicar que el consentimiento tácito surge de actos con clara significación jurídica, y que vinculan a quienes los realizan, de forma que los sujetos que los ejecutan no pueden ir válidamente contra los mismos. Esa conclusión la ha reiterado y mantenido con posterioridad –Sala de lo Civil, 13 octubre 2005–. Reproducimos la cita de la STS, Sala de lo Civil, 22 noviembre 1994, porque condensa la visión de nuestro Alto Tribunal: “[...] se requiere que se haya definido inalterablemente, causando estado, la situación jurídica de su autor o que vaya encaminado a crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo unilateralmente dicha situación, a más de que, para que tenga carácter vinculante el acto propio, ha de ser concluyente e indubitado y con alcance inequívoco”.

<sup>554</sup> DE CASTRO (op. cit., pp. 66 y 67) introduce en su exposición una serie de ejemplos que nos ayudan a comprender correctamente su alcance, y que mantienen su vigencia en nuestra época. Por lo que se refiere a la primera contrapartida, recurre al caso de la venta de periódicos en un puesto sito en la vía pública, en el que los compradores los cogen y pagan sin manifestar palabra. El autor mencionado asegura que no habrá un «negocio omisivo» o un «comportamiento omisivo» –como proponen ciertos autores italianos–, que pudiera llegar a ser equiparado al silencio, sino que las conductas expuestas se identifican socialmente con las declaraciones expresas de la voluntad de vender y de comprar. En cuanto a la segunda ventaja, invoca el paradigmático supuesto de la subasta de Trier, en el que alzar la mano significa elevar la puja 100 marcos. Si una persona ajena a ese contexto entrara en la sala y, al levantar la mano para saludar a un amigo, se le adjudicara el bien subastado, no podrá afirmarse la existencia de una verdadera voluntad negocial siempre que esa persona advirtiera al subastador la equivocación padecida. La aclaración posterior completaría el gesto, y se trataría de un hecho impeditivo o correctivo de la manifestación de voluntad anterior. En la hipótesis del puesto de periódicos, la actuación obstativa se produciría cuando el encargado le indicara al cliente que el periódico estaba reservado a otro cliente. En ambos casos, la responsabilidad negocial impone la necesidad de valorar íntegramente la conducta de ambos intervinientes, de forma que las ulteriores explicaciones no niegan el hecho acaecido, sino que lo complementan, al advertir oportunamente de la ausencia de valor declarativo.

acompaña a la conceptualización de las conductas como vehículo para expresar la intención de los intervinientes, y nos orienta sobre las posibles alternativas. Los partidarios de esta tesis opinan que la categoría del negocio jurídico no puede abarcar tres tipos de vínculos obligatorios: las prestaciones o servicios del tráfico en masa<sup>555</sup>, las relaciones obligatorias de tracto sucesivo en virtud de contratos ineficaces –en particular, contratos de sociedad y de trabajo– y las relaciones surgidas del denominado «contacto social».

La nota que concurre en los tres grupos de *relaciones contractuales fácticas* radica en que son situaciones en las que nace una ligazón jurídica similar a la que se constituye a través de un contrato, pero en ellas no existe ese tipo de convenio o, en todo caso, ninguno válido y eficaz. De este modo, los efectos jurídicos devienen de un hecho y, en concreto, de una conducta. En el último grupo, el autor alemán engloba diversos casos cuya nota característica reside en que nace *ex lege* una relación jurídica a consecuencia de un comportamiento, y, tradicionalmente, se incluyen los diferentes supuestos que se incardinan bajo la culpa *in contrahendo*<sup>556</sup>.

Las críticas vertidas apuntan, por una parte, a la imprecisión terminológica, ya que conlleva una *contradictio in terminis* difícilmente superable. En su lugar, la doctrina posterior recomienda el uso de la expresión *relaciones obligatorias en virtud de una conducta de hecho*, que, a nuestro modo de ver, debería ver suprimido el último término por pura redundancia. Por otra parte, se argumenta que la utilización de los servicios ofrecidos mediante el tráfico en masa se puede reconducir a la figura de un contrato generado mediante la concurrencia de una oferta y una aceptación, y no hay razón alguna para negar la constitución jurídico negocial<sup>557</sup>. En cuanto a las relaciones establecidas a través del «contacto social», estaríamos ante supuestos de conductas jurídicamente relevantes<sup>558</sup>.

---

<sup>555</sup> LARENZ elaboró la categoría de la aceptación de contrato derivada de una conducta socialmente típica para referirse a las relaciones obligatorias surgidas derivadas del tráfico en masa. Tanto HAUPT como LARENZ entienden que el particular que utiliza los servicios ofrecidos no puede ejercitar su autonomía privada, ya que las condiciones de prestación de tales servicios están fijadas de antemano. Además, ninguna de las partes emite declaración alguna dirigida a la celebración del contrato –FLUME, op. cit., p. 129–.

<sup>556</sup> Establecimos la conexión entre la culpa *in contrahendo* y la “doctrina de las relaciones contractuales de hecho” al revisar la evolución doctrinal que ha experimentado la institución de la responsabilidad precontractual, así como los diversos intentos efectuados para localizar los apoyos necesarios a efectos de caracterizar de forma singular la relación que surge cuando se desarrollan las negociaciones en orden a la futura celebración de un contrato, lo que se revela imprescindible para comprender la posible responsabilidad derivada de la revocación de la oferta. Con dicho objetivo, los autores patrios prestaron su atención a la doctrina alemana, que se ha ocupado extensamente de este tema, y a la “teoría del contacto social”.

<sup>557</sup> Hicimos una alusión a esta teoría cuando abordamos el estudio de la figura de la *invitatio ad offerendum*, y ante las dificultades que surgen al tratar de diferenciarla de la oferta en sentido técnico-jurídico, lo que, a su vez, nos conduce a la complicada distinción entre los tratos preliminares y la oferta. En especial, frente a situaciones concretas como la exposición de artículos, junto a su precio, en el escaparate de una tienda o a la exhibición de la carta de platos y precios a la entrada de un restaurante, así como a la adquisición de productos mediante máquinas expendedoras automáticas y ventas *self-service*.

<sup>558</sup> Para una mayor profundización en la materia, cfr. FLUME, op. cit., pp. 128 a 138.

Al hilo de la reflexión sobre las diferentes posturas y teorías examinadas, no alcanzamos a comprender la necesidad de encontrar un axioma que nos ayude a diferenciar entre las declaraciones de voluntad emitidas de modo expreso y de forma tácita. Probablemente se nos impute la adopción de una perspectiva excesivamente simplista o pragmática, pero consideramos que el único criterio cuya búsqueda merece el tiempo y el esfuerzo desplegado por la doctrina es el que nos auxilie a la hora de identificar la intención de los intervinientes de contratar y, en este preciso momento, la aquiescencia con relación a la propuesta contractual recibida<sup>559</sup>.

No obstante lo anterior, no se debe interpretar nuestra opinión en el sentido de propugnar una persecución incesante, en este caso, de la conformidad real por parte del eventual aceptante, en la dirección de los sistemas pertenecientes al círculo jurídico románico en torno a la exégesis de la intención de los contratantes. Nuestra propuesta se circunscribe al reconocimiento de una voluntad contractual que, si no se expresa de forma terminante, pueda detectarse con independencia de que se manifieste mediante palabras, gestos o actos. Es más, entendemos que surgen múltiples ocasiones en que la apariencia generada a causa de las palabras empleadas<sup>560</sup> o del comportamiento desarrollado por las partes será suficiente para afirmar la decisión de formular una oferta o de aceptar la misma, aun sin que concurra la voluntad de dichos intervinientes<sup>561</sup>.

## **a. OFERTAS TÁCITAS**

### **i. PLANTEAMIENTO**

Antes de afrontar el examen de este tema, nos sentimos compelidos a justificar la ubicación del mismo en el presente Capítulo y no en el anterior, como exigiría el respeto absoluto a la dogmática tradicional. Sin embargo, la utilización de nociones referidas habitualmente a la respuesta del destinatario de una propuesta contractual, la conveniencia de la observación de la problemática general derivada de la oferta y la utilidad del contraste de este fenómeno con la aceptación,

---

<sup>559</sup> Hacemos nuestras las palabras de MENÉNDEZ MATO ("*La oferta ...*", cit., p. 199) cuando, en el curso del análisis sobre la oferta irrevocable, indica que el problema de dicha figura debe ser valorado, como toda cuestión jurídica, en atención a la importancia de sus consecuencias en el terreno de la práctica. Obviamente, la presente nota hay que entenderla referida a la distinción entre las declaraciones expresas y tácitas.

<sup>560</sup> CUADRADO PÉREZ ("*La formación ...*", cit., p. 254) observa que el acto concluyente puede materializarse mediante palabras –en concreto, menciona un discurso– y no sólo a través de determinados gestos o comportamientos. En el mismo sentido, ROGEL VIDE, C. ("Declaraciones de voluntad contractuales y valor jurídico del silencio", *RGLJ*, enero-marzo 2007, p. 54) asimila a la categoría de actos concluyentes las cartas escritas en las que se asume la condición que deriva del contrato, el cual, sin embargo, no se ha aceptado expresamente.

<sup>561</sup> LARA AGUADO (op. cit., p. 83) indica que "De hecho, por influencia del common law, se aprecia una tendencia al conductismo o *behaviourism*, en el sentido de que se otorga el mismo o mayor valor a los comportamientos de las partes que a sus declaraciones, desligándose incluso de la verdadera intención del contratante, frente a su vinculación a la voluntad real que se le asigna en el *civil law*, como evidencia el art. 1.156 del Cc francés, el art. 1.282 del Cc español o los §§157 y 133 BGB".

nos convencieron de la corrección de su localización al hilo del estudio de la contestación formulada por el receptor de dicha proposición. En otro caso, nos hubiésemos visto obligados a anticipar una serie de conceptos, que, en nuestra opinión, no se encuadran de manera adecuada dentro del análisis específico de la oferta. Asimismo, los fenómenos que examinaremos nos permitirán valorar las conductas de ambos intervinientes, y, por tanto, profundizar en las aceptaciones tácitas.

Además, la introducción de este extremo en este momento nos permitirá intercalar una serie de matices terminológicos sobre los vocablos que la doctrina y la jurisprudencia emplean para aludir a las expresiones de voluntad que, habitualmente, componen el consentimiento contractual, y que adquieren su verdadera dimensión en este ámbito. Nos referimos a las locuciones *manifestación* y *declaración*<sup>562</sup>. Obviamente, no podemos recurrir a nuestro Código Civil para hallar una solución a la controversia que estamos afrontando, debido a la práctica ausencia de regulación sobre la génesis del contrato<sup>563</sup>.

Lamentablemente, los autores nacionales tampoco han mostrado una inquietud científica que les haya conducido a investigar acerca de esta materia, ni, por supuesto, la jurisprudencia ha abordado esta cuestión. De este modo, ambas se limitan a emplear, con frecuencia, el término *declaración* en un sentido homólogo al de manifestación o exteriorización de la intención de los intervinientes<sup>564</sup>. No obstante, y a nuestro modo de ver, cuando se adentran en la descripción de las diversas vías existentes para que el receptor de una proposición contractual pueda comunicar su aquiescencia a la misma, presentan un ligero matiz diferenciador, aun cuando, normalmente, no se detengan en ofrecer explicaciones<sup>565</sup>.

---

<sup>562</sup> Hasta este preciso momento, hemos venido utilizando la expresión *manifestación de voluntad* como sinónima de la locución *declaración de voluntad*, a pesar de las disquisiciones doctrinales que procederemos a desgranar a continuación. CUADRADO PÉREZ (“*La formación ...*”, cit., p. 253, nota 118) apunta que los antiguos pandectistas solían referirse a la manifestación de voluntad o *Willensaüsserung*, cuya amplitud era mayor que la del concepto de declaración de voluntad o *Willenserklärung*, ya que en ella se incluían también actuaciones distintas a una declaración de voluntad en sentido estricto.

<sup>563</sup> Únicamente podemos acudir, de nuevo, al artículo 1.262 del citado cuerpo legal, en el que se utiliza el verbo “manifestar” para aludir al consentimiento contractual como fruto de la conjunción de la oferta y la aceptación.

<sup>564</sup> MORENO QUESADA, op. cit., p. 60; GARCÍA AMIGO, “*Lecciones ...*”, cit., p. 164; DURANY PICH, “*Perfección ...*”, cit., p. 4840; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 1145 –La Ley–; CAPILLA RONCERO, op. cit., p. 4561; COCA PAYERAS, op. cit., p. 447; RIERA AISA, L., “Contrato”, *NEJ*, T. V, Seix, Barcelona, 1953, p. 318 y LACRUZ BERDEJO, “*Elementos ...*”, cit., p. 89. En cuanto a la jurisprudencia, vid. SSTs, Sala de lo Civil, 8 noviembre 1983, 28 septiembre 1987, 28 febrero y 7 julio 1990 y 21 febrero 1994.

<sup>565</sup> Sin embargo, hay ciertos autores que han profundizado en esta cuestión, como, por ejemplo, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. (*La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 13), quien asegura que, para valorar a la declaración en sentido técnico, debe ser, como mínimo, verbal. Asimismo, ESPINAR LAFUENTE, F. (*El negocio jurídico*, Reus, Madrid, 1963, pp. 14 y ss.) considera que la manifestación es un concepto más extenso que el de declaración, ya que la manifestación de voluntad puede efectuarse a través de cuatro formas de acto personal o finalista: por operación; por omisión; por declaración en sentido propio o declaración directa; y por inferencia, con base en una declaración emitida para exteriorizar otra voluntad. El primer, segundo y tercer supuestos constituyen manifestaciones indirectas. Además, ESPINAR matiza que tanto en las manifestaciones directas como en las indirectas es necesaria la voluntad, sin que resulte suficiente el mero conocimiento, ya que se trata de un contenido interactuante.

Sin solución de continuidad, empiezan a utilizar el término *declaración* en alusión a la expresión de la voluntad mediante el lenguaje, ya sea escrito, verbal o por signos y gestos reconocidos con carácter general e, incluso, convencionalmente. Igualmente, reservan el vocablo *manifestación* para los supuestos en que el destinatario de la oferta comunica su conformidad a través de actos de los que se infiere su intención, por cuanto no reflejan directamente la misma, y, en esta dirección, tendrían cabida tanto los denominados por la jurisprudencia *facta concludentia* como el silencio. En consecuencia, se establecería una relación de género y especie entre la manifestación y la declaración de voluntad, de forma que la primera ostentaría un significado más amplio, y abarcaría a la segunda<sup>566</sup>.

En puridad, nos hemos situado ante la contraposición entre manifestaciones expresas y tácitas, de acuerdo a los criterios examinados en el apartado anterior, y conforme a la visión que propugna la compaginación de la vertiente objetiva y subjetiva de dicha clasificación. Por consiguiente, si el propósito del sujeto se comunica a través de los medios que, ordinariamente, se emplean con tales fines, no hará falta llevar a cabo ninguna labor deductiva y, por tanto, la tendencia mayoritaria considera que se trataría de una expresa manifestación de la voluntad, que denomina declaración. En caso contrario, si la pretensión del interviniente se revela por otras vías<sup>567</sup>, se entiende que dicha decisión se transmite de forma implícita, y se califica como una manifestación tácita de dicha voluntad<sup>568</sup>.

Inevitablemente, mediante la perspectiva anterior se alcanza una equiparación entre las declaraciones directas y expresas, por un lado, y las manifestaciones indirectas y tácitas, por otro. Sin perjuicio de que la mayoría de los autores opten por la analogía expuesta<sup>569</sup>, en la medida en que el camino elegido para traslucir la voluntad de la parte constata la misma con mayor o menor

---

<sup>566</sup> MENÉNDEZ MATO (“*La oferta ...*”, cit., p. 47) señala que existe una representativa corriente doctrinal, en especial en Italia, que defiende la distinción entre los términos *manifestación* y *declaración*, y consideran que el primero engloba al segundo, de forma que la declaración sería un tipo de la manifestación. La diferencia entre ambos términos radica en que la declaración sólo comprende las manifestaciones directas o expresas, que pueden consistir en propuestas escritas, verbales o gestuales. En este último caso, se incluye el lenguaje de sordomudos o de banderas, así como cualquier otro signo que para los intervinientes adquiera un significado concreto.

<sup>567</sup> Sin embargo, en algún supuesto aislado, nuestro Alto Tribunal califica como declaración expresa la aceptación efectuada mediante el inicio de la ejecución del contrato por parte del receptor de la propuesta contractual sin notificación previa al oferente – STS, Sala de lo Civil, 13 diciembre 1993-. Con independencia del criterio que se defiende para diferenciar entre declaraciones expresas y tácitas, y de que se admita la reserva del vocablo *manifestación* para las segundas, no es tolerable que el Tribunal Supremo añada más confusión a esta materia con este tipo de pronunciamientos.

<sup>568</sup> Como hemos apuntado en páginas precedentes, el Tribunal Supremo identifica la aceptación tácita con una determinada conducta que adopta el destinatario con posterioridad a la oferta, que no exterioriza de modo directo su intención a través de la palabra escrita u oral, pero de la que puede inferirse mediante una deducción razonable según los usos y el tráfico – STS, Sala de lo Civil, 26 mayo 1986, 28 febrero 1990 y 22 diciembre 1992-.

<sup>569</sup> Al igual que la jurisprudencia, que establece un claro paralelismo entre declaración expresa y directa y entre tácita e indirecta. De esta forma, considera que la declaración expresa es aquella que refleja de modo directo, inmediato y explícito la voluntad de su autor – SSTS, Sala de lo Civil, 28 abril y 26 mayo 1986 y 11 julio 1994-.

intensidad<sup>570</sup>, otros asignan diferentes significados a los adjetivos indicados. Una primera postura respeta la significación atribuida a la declaración directa, pero entiende que únicamente podrá ser expresa cuando la delimitación de su contenido sea notoriamente evidente<sup>571</sup>. Otra posición defiende que la declaración sólo podrá calificarse como directa cuando no se emplee un medio técnico o a un tercero para su transmisión<sup>572</sup>. La última alternativa destina el calificativo “directa” para aquellas declaraciones en las que su receptor está completamente definido<sup>573</sup>.

El paso siguiente supone evaluar si la oferta y la aceptación se califican como declaraciones de voluntad, entendidas de manera similar o equivalente a expresas, o como manifestaciones de voluntad, concepto al que se le confiere mayor amplitud y, por tanto, comprendería las anteriores. Unánimemente, se reconoce que la respuesta a la propuesta contractual se puede exteriorizar a través de cualquier tipo de lenguaje o mediante el comportamiento adoptado por su destinatario, ya sea positivo u omisivo, por lo que se caracteriza como una manifestación de voluntad.

En cambio, frente a la oferta, la tendencia general restringe su acepción hasta el punto de excluir la valoración de la conducta del interviniente como una proposición de contrato. Fundamentalmente, se descarta esta disyuntiva con base en uno de los dos requisitos ineludibles para la viabilidad de una solicitud de tales características: su precisión o, según la terminología más usual, la completitud de la misma<sup>574</sup>. En puridad, el interrogante que gravita después del prefacio anterior estriba en la posibilidad de admitir la existencia de ofertas tácitas.

De nuevo, tenemos que acudir a la doctrina para obtener una solución a la incógnita sobre la que versa este apartado y, en general, podemos inferir que los autores nacionales no han sentido una especial inquietud por este aspecto que estamos examinando, salvo supuestos singulares, al igual que tampoco se ha ocupado la jurisprudencia. Asimismo, algunos de los eruditos que mencionan esta

---

<sup>570</sup> PUIG PEÑA, “Declaración ...”, cit., p. 286. Por su parte, ROGEL VIDE (“Declaraciones ...”, cit., p. 53) no distingue entre declaración y manifestación, pero equipara expresa a directa. Además, considera que las declaraciones expresas o directas son la regla general y pueden exteriorizarse mediante el lenguaje escrito, oral o gestual. También añade que las declaraciones expresas escritas pueden constar en documentos públicos o privados y también incluye en este subtipo las realizadas mediante la publicidad, ya sea por medios tradicionales o por internet, y la exposición de productos en escaparates, si figura el precio de los mismos. Considera que las orales pueden efectuarse en lengua propia o extranjera y en lenguas especiales, como la de los sordos, la de los ciegos y las realizadas mediante banderas, humo, luces o silbidos. Por último, el citado autor entiende que las gestuales son muy frecuentes en las subastas, en las que para pujar se alza la mano o se mueve la cabeza de un modo determinado.

<sup>571</sup> AUBERT, J.L., *Notions et rôles de l’offre et de l’acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, Paris, 1970, pp. 30 y ss., citado por MENÉNDEZ MATO, “La oferta ...”, cit., p. 49.

<sup>572</sup> GARCÍA AMIGO, “Lecciones ...”, cit., pp. 166 y ss.

<sup>573</sup> MORENO QUESADA, “La oferta de ...”, cit., pp. 75 y ss.

<sup>574</sup> ROGEL VIDE (“Declaraciones ...”, cit., p. 52) explica que las declaraciones de voluntad pueden ser expresas o tácitas, e incluso presuntas para algunos, pero que esa clasificación sólo es predicable propiamente de la aceptación y que difícilmente puede serlo de la oferta. El citado autor entiende que la razón de esta exclusión estriba en que la oferta ha de ser expresa, ya que debe contener, de forma clara y precisa, los elementos esenciales del contrato proyectado. En conclusión, resulta compleja la existencia de ofertas tácitas o presuntas y, muchos menos, el silencio como tal.

figura, simplemente aluden a la verosimilitud de la misma, pero sin profundizar en el sustento científico de tal aserto<sup>575</sup>. En coherencia con la opinión que formulamos en el apartado anterior acerca de la distinción entre declaraciones de voluntad de carácter expreso y tácito, la dicotomía expuesta no adquiere una relevancia especial<sup>576</sup>. Al igual que en el razonamiento expuesto con relación a esa dualidad, el quid descansa en la localización de una genuina voluntad contractual que permita la culminación del tracto contractual.

No obstante, el análisis de esta específica figura nos permite insistir en la relevancia de una de las transformaciones propugnadas por los tres precursores inmediatamente anteriores a la Propuesta de Modernización del Código Civil, cual es el aspecto objetivo de la oferta. La conexión que surge con la oferta tácita reside en que el fundamento principal que se esgrime para rechazar ese último tipo de propuesta contractual es la necesidad de determinación del objeto del contrato -o su determinabilidad, sin la posibilidad de pactos ulteriores-, a través de su plasmación en la proposición primigenia<sup>577</sup>. En último término, ciertos autores consideran que una oferta tácita no puede satisfacer tal exigencia, y el desenlace inevitable de dicha postura es la creencia de que las ofertas se han de corresponder inexcusablemente con declaraciones de voluntad expresas<sup>578</sup>.

Como hemos expuesto en el Capítulo anterior, la vertiente objetiva de la oferta ha experimentado una evolución que, desde un punto de partida situado en posiciones rigoristas, que demandaban una perfecta concreción de los términos del futuro contrato, ha propiciado que se llegue a admitir la delimitación posterior de los mismos, siempre que se determinen las bases objetivas en la proposición inicial. Finalmente, este proceso ha desembocado en una visión más permisiva que, con la meta de facilitar y promover la contratación, permite entender concluido un contrato si la propuesta contiene los puntos básicos de aquél, lo que excluye el requerimiento de su completitud. En puridad, se ha relajado el componente objetivo

---

<sup>575</sup> COCA PAYERAS, op. cit., p. 453.

<sup>576</sup> MESSINEO, F., “Contratto (Diritto Privato)”, *Enciclopedia del Diritto*, T. IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 851, citado por MENÉNDEZ MATO, “La oferta ...”, cit., p. 161.

<sup>577</sup> SCAEVOLA (op. cit., pp. 1060 y 1061) explica que la oferta es el elemento interno, primero y esencial del contrato que, desde ese momento empieza a nacer y, en consecuencia, ha de reunir todos los requisitos necesarios para la existencia del contrato. En cuanto a la aceptación, entiende que es la adhesión que el destinatario de la oferta hace a la propuesta mediante una declaración de voluntad, que puede ser expresa o tácita. Sin embargo, puntualiza que la esta respuesta debe congregarse, del mismo modo que la propuesta inicial, los requisitos del contrato y ha de corresponderse con las cláusulas y condiciones de ésta.

<sup>578</sup> Afirmación que se mantiene desde los primeros estudios sobre el Código Civil, como sostiene SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., p. 239), quien asegura que “La proposición ha de ser forzosamente *expresa*; pero la aceptación puede ser *tácita*, es decir, por medio de hechos que, rectamente interpretados, sean constitutivos de ella. Por ejemplo, si hecha por un sujeto á otro la proposición de que le venda una cosa de su pertenencia por cierto precio, el dueño de la misma, en vez de contestar aceptando, rechazando o modificando la proposición, le remitiera, entregara ó pusiera en su poder la cosa objeto de aquella, una vez conocida”. En similares términos, CAPILLA RINCERO, op. cit., p. 4561.



de la oferta, hasta el punto de exigir que la misma sea suficientemente precisa, pero no completa.

El desarrollo alcanzado por el requisito objetivo tradicionalmente reclamado por la doctrina y jurisprudencia ha socavado los cimientos de la concepción tradicional del contrato y, a nuestro modo de ver, apunta en la dirección correcta. Desde esta nueva perspectiva, hemos de proceder a revisar las conclusiones asentadas con relación a varios aspectos referidos a la fase de la constitución del convenio contractual, de forma paralela a la constatación de la creciente importancia conferida a la conducta de los intervinientes, y, en consonancia con dicha relevancia, de la paulatina preferencia por la protección del tráfico y de la confianza derivada del comportamiento de las partes<sup>579</sup>, frente a la seguridad jurídica.

En esta línea, detectamos una leve inclinación de la Propuesta de Modernización del Código Civil hacia estos nuevos derroteros, en cuanto proclama, al hilo de afianzar el principio consensualista, que la manifestación de voluntad puede hacerse de modo expreso o resultar de actos concluyentes<sup>580</sup>. Hemos manifestado con anterioridad que, en nuestra opinión, semejante aserto envuelve la posibilidad (admitida, tradicionalmente, sin fisuras para la aceptación) de comunicar una oferta a través de los actos realizados por uno de los futuros contratantes<sup>581</sup>. En cualquier caso, un resultado plausible del examen que hemos emprendido podría consistir en abrir nuevas opciones, para que se sometan al escrutinio de autores de diversas tendencias, pero con la posibilidad de una consolidación posterior por vía doctrinal, e incluso legal, y no tanto defender categorías perfectamente definidas<sup>582</sup>.

---

<sup>579</sup> En este sentido, PUIG BRUTAU (*“Fundamentos ...”*, cit., p. 60) asevera que “[...] lo más característico de la declaración tácita es que supondría una incongruencia o contradicción que determinado acto no llevara aparejada la posibilidad de confiar en él como demostrativo de que existe la intención o voluntad de contratar”.

<sup>580</sup> Artículo 1.239, n° 2 de la Propuesta de Modernización del Código Civil.

<sup>581</sup> Los antecesores de la Propuesta de Modernización del Código Civil no prevén un precepto en el que específicamente se contemple la perfección contractual con base en el mero consentimiento, tal y como realizan el artículo 1.258 del vigente Código Civil y el proyectado artículo 1.239 de la Propuesta de Modernización, ni el modo en el que se puede exteriorizar la manifestación de voluntad, lo que sí acomete la citada Propuesta. Pese a ello, se desprende claramente que todos ellos admiten que la aceptación se exprese directamente o, como señalan los comentarios al artículo 1.10 de los Principios Unidroit –versión 2004– (op. cit., p. 29), el consentimiento del destinatario pueda inferirse de las afirmaciones, declaraciones, conductas, o bien por las prácticas establecidas entre las partes o por la aplicación de usos. En cuanto a la posibilidad de que la conducta del proponente pueda constituir una oferta en sentido jurídico, expusimos y razonamos con anterioridad que la postura de los PECL y del DFCR es favorable a la misma.

<sup>582</sup> FERRARI (op. cit., p. 137), después de definir los acuerdos expresos –compuestos por declaraciones de voluntad exteriorizadas mediante signos del lenguaje o instrumentos comunicativos valorados socialmente en ese sentido– y tácitos –en los que los intervinientes manifiestan su voluntad a través de comportamientos de los que puede inferirse su voluntad contractual sin género de duda–, afirma que el consentimiento puede ser manifestado tácitamente por ambas partes o por una sola, si bien no ahonda más allá sobre este punto. Por su parte, GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 113) señala que, al igual que ocurre con las demás declaraciones de voluntad, las destinadas a unirse para constituir el consentimiento contractual, pueden revestir carácter expreso o tácito, por lo que parece extender dicha posibilidad a la oferta.

Igualmente, este análisis también nos permite observar que, en la etapa de la génesis contractual, ciertas figuras se pueden observar desde diferentes ángulos, lo que, en nuestra opinión, reporta innumerables beneficios, al no circunscribirnos a una concreta óptica, que puede conducirnos a minusvalorar determinadas características. De este modo, analizaremos hipótesis que hemos abordado anteriormente como posibles supuestos de ofertas al público y que, en este momento, podrían configurarse también como propuestas contractuales expresadas de forma tácita –exposición de bienes o productos con su precio en escaparates, máquinas expendedoras, etc.-. Asimismo, también viene a demostrar la interrelación existente entre los diversos aspectos que confluyen en esta etapa, y las dificultades que surgen cuando se abordan de forma estanca.

## **ii. ANÁLISIS DE SUPUESTOS CONTROVERTIDOS**

A la luz de las consideraciones expuestas en el apartado anterior, vamos a examinar los ejemplos que los expertos en la materia han planteado como posibles ofertas tácitas y su viabilidad:

### **ii.1 MÁQUINAS AUTOMÁTICAS**

El legislador español advirtió la conveniencia de reglamentar la contratación efectuada mediante la utilización de aparatos mecánicos en la Ley de Comercio Minorista, bajo la rúbrica de *Venta Automática*, e insertada en el Título III, dedicado a las que se denominan *Ventas Especiales*, junto a las ventas a distancia, las ventas ambulantes o no sedentarias y las ventas en pública subasta<sup>583</sup>. La citada norma acoge una definición de este tipo de transacciones, según la cual se califica como venta automática la forma de distribución detallista, en la que se pone a disposición del consumidor el producto o servicio para que éste lo adquiera mediante el accionamiento de cualquier tipo de mecanismo, y previo pago de su importe –art. 49-<sup>584</sup>.

---

<sup>583</sup> De acuerdo con la modificación introducida por Ley 3/2014, de 27 de marzo, la regulación de las ventas a distancia se contiene en el TRLGDCU, aprobado por el RD Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, y sólo persiste el artículo 38, dedicado a su concepto. Por lo que concierne a la venta automática, se mantienen los cuatro artículos iniciales –arts. 49 a 52-, pero la redacción de los dos primeros fue modificada por la Ley 1/2010, de 1 de marzo. El objetivo de esta norma era reformar la regulación comercial minorista para adaptarla a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, que, como recoge su Exposición de Motivos, supuso un hito esencial en el proceso de construcción del mercado interior de servicios, mediante la adecuación de su contenido a las exigencias de supresión de trámites innecesarios y de simplificación de procedimientos administrativos en el otorgamiento de las autorizaciones pertinentes en materia de comercio.

<sup>584</sup> El cambio producido por la citada Ley 1/2010 consistió en la eliminación de la necesidad de la previa homologación por la Comunidad Autónoma correspondiente de las máquinas para la venta automática y en la supresión de la concesión de autorizaciones para su instalación. En la actualidad, únicamente se alude al cumplimiento de la normativa técnica que resulte de aplicación.

En otro de los preceptos destinados a esta específica clase de convenios contractuales –art. 50-, el legislador introdujo, en aras de la protección de los consumidores y usuarios, una serie de *Advertencias Obligatorias*, que deben aparecer en todas las máquinas de venta. Por una parte, la información referida al producto y al comerciante que lo ofrece –en concreto, el tipo de producto que expenden, su precio, la identidad del oferente, así como una dirección y teléfono donde se atiendan las reclamaciones-. Por otra parte, los datos relativos al ingenio que expende el producto: el tipo de monedas que admite, las instrucciones para la obtención del producto deseado, así como la acreditación del cumplimiento de la normativa técnica aplicable<sup>585</sup>. Asimismo, también se exige que estos instrumentos permitan la recuperación automática del importe introducido en el caso de no facilitarse el artículo solicitado –art. 51-.

Dentro del concepto de distribuidores automáticos, o ventas automáticas<sup>586</sup>, podemos encuadrar los artefactos que entregan el producto –nos referimos a bienes tangibles, como bebida, comida rápida, libros, billetes de transporte, etc., aunque el catálogo de artículos ha experimentado un creciente aumento-; dispositivos que prestan un servicio –v. gr. cálculo del peso corporal o realización de fotografías tamaño carnet-; y artilugios recreativos, que engloban tanto los juegos de azar como actividades de ocio, tales como las máquinas de “marcianitos” y otras que surgieron en la década de los años 80 del siglo pasado, de idéntico funcionamiento y similar contenido –actualmente desbancadas por las consolas de videojuegos- o los clásicos futbolines<sup>587</sup>.

En cualquiera de los casos expuestos, los autores consideran que estamos ante ofertas claramente expresas, por cuanto, desde la vertiente objetiva, el contenido de las mismas se concreta a través de la exhibición del producto, la exposición de una foto del bien o la sucinta descripción del servicio; la fijación del precio; la plasmación de las instrucciones de manejo; y el ofrecimiento de un teléfono o dirección de contacto con el proponente para la resolución de los problemas que surjan durante el proceso<sup>588</sup>. En resumen, los términos de la

---

<sup>585</sup> La redacción anterior del precepto era la siguiente: “*En todas las máquinas de venta deberá figurar con claridad cuál es el producto que expenden, su precio, tipo de monedas que admiten, instrucciones para la obtención del producto deseado, datos de homologación del aparato, identidad del oferente y número de inscripción en el correspondiente Registro, así como una dirección y teléfono donde se atenderán las reclamaciones*”.

<sup>586</sup> RIERA AISA (op. cit., p. 309 y ss.) usa la expresión de contratación mediante procedimientos automáticos, e indica que la propuesta se efectúa al público mediante la instalación de los aparatos destinados al efecto, que se encuentra a disposición de todos los sujetos que deseen utilizarlos, a través de la aceptación de la oferta correspondiente y del acatamiento de las instrucciones dispuestas por su propietario. En consecuencia, el citado autor concluye que la indemnización que deba asumir aquél a causa de la deficiente o inexistente prestación automática encontrará una base contractual y no aquiliana, cuestión que, a nuestro juicio, no resulta discutible.

<sup>587</sup> Distinción apuntada por CANO TELLO, op. cit, p. 5686 y ss.

<sup>588</sup> Sin perjuicio de tal ofrecimiento, el artículo 52 sienta la responsabilidad solidaria del titular de la máquina y del local donde se instale la misma cuando se dedica al desarrollo de una empresa o actividad privada, frente al comprador, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la venta automática.

propuesta contractual se expresan mediante palabras -en este caso, escritas-, y no a través de actos.

Por lo que concierne a la perspectiva subjetiva, se afirma que la mera propuesta de la adquisición de bienes y servicios gracias al empleo de un aparato mecánico que reúna las peculiaridades descritas refleja una voluntad contractual seria y definitiva y, por consiguiente, también se calificaría como subjetivamente expresa. En último término, se completa la caracterización de esta clase de proposiciones con la consideración de ofertas al público, ya que las mismas se dirigen, sin ninguna cortapisa, a la colectividad<sup>589</sup>. En conclusión, se afirma que la utilización de una máquina automática para la venta de bienes o la prestación de servicios es, únicamente, otro medio para la comunicación de una oferta expresa<sup>590</sup>.

En cuanto a la Propuesta de Modernización del Código Civil, y en la medida del cambio de criterio seguido por dicho proyecto legislativo en relación con la propuesta contractual sin destinatarios determinados, la hipótesis que estamos analizando se configuraría como una simple *invitatio ad offerendum*. Sin embargo, ante la específica previsión de este supuesto en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, que le confiere naturaleza de genuina oferta contractual, entendemos que la regulación de la Propuesta reseñada cedería frente a la citada *lex specialis*. Asimismo, debemos recordar que el proyectado artículo 1.246 de dicha Propuesta también ostenta un carácter dispositivo, dado que permite que el proponente manifieste que, aunque la proposición se dirija a personas indeterminadas, se configure como una verdadera oferta, y no como una simple invitación a presentarla<sup>591</sup>.

Desde la perspectiva del eventual aceptante, algunos autores encuadran la presente hipótesis, a la que conciben como la posibilidad de comprar mediante distribuidores automáticos, en los que el comprador acepta la oferta al depositar la moneda que supone el pago del precio, como un supuesto de aceptación mediante

---

<sup>589</sup> GARCÍA AMIGO, “*Lecciones ...*”, cit., p. 180.

<sup>590</sup> RIERA AISA, op. cit., pp. 318 y ss. y CANO TELLO, op. cit., pp. 5683 y ss.

<sup>591</sup> GASPAS LERA (op. cit., pp. 137 y 138) alude a la variación del rumbo de la Propuesta de Modernización del Código Civil frente a la tradicional postura del Derecho español, coincidente con los sistemas italiano y francés y la posición de los textos armonizadores. Asimismo, confirma que imita a la Convención de Viena de 1980 y que se acerca al planteamiento del ordenamiento alemán y del Derecho inglés, si bien la doctrina ha puesto de relieve que, en ocasiones, una propuesta dirigida a una generalidad de personas puede constituir una oferta, y no una mera *invitatio ad offerendum*. En este sentido, la citada autora explica que la Convención de Viena de 1980 como la Propuesta de Modernización acogen una presunción *iuris tantum*, de forma que la proposición dirigida a un conjunto de personas indeterminadas puede llegar a configurarse como una genuina oferta contractual, lo que será posible si el proponente lo indica claramente, si bien no significa que deba hacerlo expresamente. Por último, la autora mencionada entiende que no estamos ante un problema de régimen jurídico, sino de establecimiento de una regla de orden presuntivo, y que, como los supuestos que se plantean en este contexto son muy heterogéneos, toda pauta deberá establecerse con cautela. Por último, la autora que citamos entiende posible afirmar que la calificación de una proposición al público como oferta tiene sentido, especialmente, desde la perspectiva de la protección del consumidor, óptica que ya hemos puesto de manifiesto en el Capítulo anterior.

el comienzo de ejecución del contrato por parte del destinatario. En esta línea, señalan que la doctrina alemana añade a esta categoría los denominados *actos de apropiación o utilización*, cuyo ejemplo paradigmático es la utilización o disposición de la mercancía remitida al destinatario para su examen<sup>592</sup>. La conclusión que alcanzan estos autores es que no estaríamos ante declaraciones de voluntad –ni ante manifestaciones, dado que no se trata de diferencias semánticas–, debido a que la conducta realizada por el receptor tiene por objeto un fin eminentemente práctico, pero su finalidad no es expresar la intención de producir efectos jurídicos<sup>593</sup>.

Igualmente, entienden que la problemática que se deriva es la posible falta de consciencia del teórico aceptante de llevar a cabo una actuación que signifique asentimiento a la propuesta contractual recibida o exteriorizada mediante una máquina automática. Ante esta tesitura, los partidarios de la tesis expuesta parten de que si no hay verdadero propósito contractual, no puede nacer el contrato, si bien reconocen que resulte complicado establecer soluciones de tinte general. De este modo, asumen que deberán analizarse las respectivas actuaciones desarrolladas por los intervinientes, a fin de valorar la confianza que hayan podido suscitar en la contraparte, en conexión con la teoría general del negocio jurídico<sup>594</sup>. A nuestro modo de ver, debemos considerar superada esta postura, por cuanto la voluntad del sujeto que realiza una adquisición a través de un dispositivo de venta automática no es otra más que culminar el contrato propuesto.

## **ii.2 EXHIBICIÓN DE PRODUCTOS EN ESCAPARATES**

Hemos aludimos a esta hipótesis en el Capítulo anterior, a fin de examinar su idoneidad para calificarla como una propuesta contractual de venta dirigida al público o, en su defecto, como una mera invitación a presentar ofertas, siempre que

---

<sup>592</sup> LARENZ (*Derecho Civil. Parte General*, trad. Izquierdo, Jaén, 1978, pp. 728 y 729), citado por GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., pp. 120 y 121) señala que, a diferencia de una declaración de voluntad no recepticia, como el testamento, los actos de apropiación o utilización no están destinados a manifestar la voluntad de poner en vigor efectos jurídicos, y que, si de ellos pudiera llegar a inferirse el propósito de aceptación, ello obedece a que, normalmente, sólo con ese requisito tienen un fin comprensible y pueden efectuarse justificadamente.

<sup>593</sup> STS, Sala de lo Civil, 17 diciembre 1990, en cuyo Fundamento de Derecho Sexto se aborda la existencia o no de contrato entre el recurrente –compañía aérea encargada del transporte de los demandantes y recurridos de Tokio a Manila, entre los diversos trayectos que éstos realizaron con otras compañías– y los recurridos –matrimonio de pasajeros–. Además de la alusión al artículo 30 del Convenio de Varsovia, redactado por el Protocolo de La Haya de 1955, la afirmación que nos interesa indica que “[...] es evidente que el contrato único que incluye el transporte combinado abarca en realidad una serie de convenios entre los transportistas, con lo que el contrato que los viajeros conciertan con una agencia viene a ser un contrato cuyo objeto son a su vez otros contratos, es decir, se ofrece, al menos, al cliente proyectos de contratos que ya cuentan con la conformidad previa de las empresas y a los que sólo les falta una aceptación del cliente, generalmente tácita. Aunque no se dé en estos supuestos una solidaridad expresa entre los obligados, las modernas corrientes podrían estructurarla en beneficio del posible perjudicado, lo mismo que ocurre en materia de actos ilícitos cuando la responsabilidad no se halla individualizada, aunque sí lo está en el caso debatido. Todo ello contribuye a que resulte inadmisibles que la recurrente niegue su participación en el transporte y en la causación los daños que sufrió en él la demandante”.

<sup>594</sup> GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., pp. 120 y 121.

conste de forma visible el precio de los bienes. En caso contrario, parece aconsejable que no alcance la consideración de oferta. Nos remitimos a las explicaciones que ofrecimos con relación al debate doctrinal existente y a las diferentes posturas esgrimidas, a su conceptualización como proposiciones dirigidas al público según la legislación sobre comercio minorista y a la posición adoptada por la Propuesta de Modernización del Código Civil que, al igual que en el caso anterior, conduciría, en principio, a su valoración como una *invitatio ad offerendum*, al no dirigirse a sujetos/s concreto/s. Sin embargo, también reiteramos las consideraciones expuestas acerca de la preeminencia de la *lex specialis* sobre la *lex generalis* y de la facultad del oferente de su posible configuración como auténtica propuesta contractual.

Ejemplos análogos al que estamos examinando los encontramos en la exposición de la carta de los platos que componen el menú de un restaurante, con indicación de su precio, y el ofrecimiento de productos en autoservicios (ventas *self-service*)<sup>595</sup>. Otros autores proponen supuestos fronterizos con la publicidad, como el envío de listas de precios o artículos, la remisión de folletos de propaganda o catálogos y los anuncios en prensa, que pueden analizarse desde una doble perspectiva. Por un lado, se valora si alcanzan la condición de oferta al público o se sitúan en un estadio anterior y, por tanto, se identifican con invitaciones a formular propuestas contractuales<sup>596</sup>. Por otro lado, el punto de vista en el que nos situamos en este momento nos conduce a observar el tipo de declaración en que consisten dichas actividades de propaganda.

Los expertos que se han detenido en el segundo aspecto indicado señalan que estas hipótesis podrán calificarse como ofertas en sentido técnico-jurídico cuando, lógicamente, reúnan los dos requisitos que investigamos en el Capítulo precedente. De este modo, estiman inexcusable que se desprenda sin género de duda la

---

<sup>595</sup> GARCÍA-GRANERO COLOMER (op. cit., p. 397) cita como ejemplos de ofertas al público, entre otros, la exposición de productos o mercancías en un escaparate, junto a su precio, o la oferta pública de adquisición de valores mobiliarios. Asimismo, subraya que la cuestión fundamental que plantean estas ofertas dirigidas a personas no determinadas es si deben cumplir algún requisito especial para admitir su consideración como propuestas contractuales en sentido estricto, y no simples invitaciones ad offerendum.

<sup>596</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ ("*Curso ...*", cit., p. 130) recalca que la problemática que afrontamos surge, por ejemplo, en las declaraciones de voluntad tácitas, "[...] con alcance no del todo claro, como por ejemplo anuncios de venta al público de determinados bienes por precio determinado; exposición de mercancías en escaparates de las tiendas con fijación del precio y condiciones de venta; compras en autoservicios o folletos explicativos". Para este autor, la dificultad se centra en valorar si resulta suficiente la aceptación del comprador —en cuyo caso se concluiría el contrato definitivo—, o si debe esperarse que el cliente formule a su vez una oferta. De esta forma, en el primer supuesto estaríamos ante una genuina proposición de contrato, y en el segundo ante una *invitatio ad offerendum*. Por último, el citado autor finaliza su argumentación con un razonamiento muy interesante, ya que estima que se debe considerar que una oferta pública de determinados bienes por un precio concreto vincula al proponente en tales condiciones, dado que, en caso contrario, estaríamos ante publicidad engañosa, con la finalidad de atraer clientes mediante ese reclamo y, posteriormente, el empresario o comerciante pretendería modificarlo o matizarlo. En conclusión, entiende que es más aconsejable considerar que estamos ante una verdadera propuesta contractual, de forma que la conformidad del destinatario perfeccionaría el contrato proyectado, y encuentra apoyos para su afirmación en los artículos 9, nº 1 de la LOCM y 8, nº 1 de la LGDCU - ambos analizados anteriormente, junto con el sucesor del último de los dos mencionados-.

intención seria y definitiva de concluir el contrato proyectado por parte del proponente<sup>597</sup> y, además, que se recoja el contenido imprescindible del citado convenio. El resultado que se obtiene en función del planteamiento anterior es que, si concurren las dos circunstancias reseñadas, estaremos ante declaraciones de voluntad expresas, objetiva y subjetivamente consideradas<sup>598</sup>.

En cuanto al plano objetivo, los elementos necesarios de la proposición contractual inicial –según la terminología de la Propuesta de Modernización- se comunican al eventual aceptante por medio de palabras –como en el caso anterior, escritas-, y no mediante la conducta del oferente. De otra manera, la actuación del autor de este tipo de proposiciones se encuadraría dentro de la promoción de los productos o servicios cuya adquisición o prestación ofrece, con la finalidad de inducir al destinatario a que tome la iniciativa. En consecuencia, nos hallaríamos frente a una incitación a proponer ofertas o *invitatio ad offerendum*<sup>599</sup>.

### **ii.3 RELACIONES CONTRACTUALES DE HECHO**

Abordamos sucintamente el análisis de esta teoría en el apartado anterior, al hilo de reexaminar las diferencias entre las declaraciones de voluntad expresas y tácitas. Los autores alemanes consideraron que la figura del negocio jurídico no podía comprender aquellos supuestos en que se creaban vínculos obligatorios similares a los que se generan a consecuencia de la celebración de un contrato, pero sin que se concluyera un convenio de esa naturaleza o, al menos, uno que se reputara válido. En otras palabras, la ligazón que se establecía entre los

---

<sup>597</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 114) expone que la oferta parece exigir, en todo caso, un comportamiento activo, lo que no acontece con la aceptación, pero, a continuación, matiza que ambas pueden exteriorizarse de forma indirecta, siempre que pueda inferirse sin duda alguna que existe intención de contratar. En consecuencia, parece que la citada autora se debate a la hora de apoyar las ofertas tácitas, si bien entendemos que no excluye la viabilidad de ese tipo de propuestas contractuales.

<sup>598</sup> Resulta sumamente sugestivo el planteamiento adoptado por DE CASTRO (op. cit., pp. 48 y 49), quien, al hilo de formular una apreciación crítica de la teoría de las relaciones contractuales fácticas, explica que dicha doctrina se centra exclusivamente en las obligaciones que afectan al usuario de servicios vitales o de primera necesidad y que posterga –lo que no puede hacerse- “[...] que el empresario realiza actos significativos de oferta, aunque no haga una declaración expresa y concreta. Los cuadros de salida de trenes y autobuses, el anuncio en el escaparate, la etiqueta con el precio, los mostradores y automáticos preparados para el consumo inmediato, son ofertas que, aceptadas mediante la conducta significativa del cliente, hacen nacer la relación negocial correlativa”.

<sup>599</sup> MENÉNDEZ MATO (“La oferta ...”, cit., pp. 173 y 174) afirma que este supuesto constituye una oferta de contrato expresa, ya que el carácter completo de la misma –en concreto, el precio-, se refleja a través de una declaración objetivamente expresa. Sin embargo, este autor es consciente de la división de opiniones en el seno de la doctrina, a pesar de que figure visiblemente el valor del producto, e indica que la misma dualidad se observa en el plano normativo. En este sentido, destaca la patente contradicción entre la opción asumida por la Convención de Viena de 1980 –*invitatio ad offerendum*, salvo que el empresario indique claramente lo contrario- y la alternativa seguida por la Ley de Ordenación del Comercio Minorista –oferta contractual, salvo manifestación en contra-. Con anterioridad –p. 95-, el citado autor había expuesto, acertadamente, que la norma internacional mencionada es proclive al carácter no vinculante de la publicidad, en contraposición a la ley reseñada. A juicio de este experto –que compartimos plenamente-, la causa de esta antítesis entre la protección al empresario-oferente y al consumidor-destinatario estriba en los distintos ámbitos contractuales: relaciones contractuales entre empresarios, en el caso del texto vienés, y entre empresarios o profesionales y consumidores, en el supuesto del comercio minorista.

intervinientes derivaba de una conducta. Dentro de esta categoría, la doctrina alemana incluía tres grupos de relaciones jurídicas, si bien, en este momento, sólo atenderemos a la revisión de los ligámenes imperativos surgidos por la utilización de los servicios del tráfico en masa.

A efectos de evaluar el acierto o el equívoco de esta corriente, hemos de valorar los dos casos paradigmáticos que, reiteradamente, se alegan en su defensa, y que se refieren a la utilización de diversos medios de transporte. El primero de los ejemplos se refiere a los autobuses urbanos, trenes o tranvías, que se detienen en las diferentes paradas durante el recorrido de los mismos para recoger a los viajeros. Se abren dos posibilidades<sup>600</sup>. Por una parte, los usuarios adquieren el título habilitante para disfrutar de cualquiera de los tres servicios indicados con antelación –en taquillas, en máquinas automáticas o a través de una página web-, por lo que el hecho de que el autobús, tren o tranvía se detenga para recogerles implica sencillamente la consumación del contrato o un acto de ejecución del contrato, si el título ampara una utilización continuada durante un periodo temporal. Por otra parte, los pasajeros pueden adquirir el billete mediante solicitud y pago directamente al conductor.

En ninguna de las posibilidades descritas podemos reconocer una oferta tácita, sino una declaración de voluntad expresa, tanto en el plano objetivo como subjetivo<sup>601</sup>. El contenido de la oferta del contrato de transporte que se concluye entre la empresa que presta el citado servicio y el viajero se halla previamente delimitado y resulta accesible para el usuario mediante su exposición en páginas web, paneles informativos o folletos. Por consiguiente, en el momento de la adquisición del billete, simplemente se concreta el número de unidades que se compren, ya se realice a través de un empleado situado en la taquilla, de una página web o de una máquina colocada en el punto de acceso.

---

<sup>600</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., pp. 121 y 122) considera que no existe declaración de voluntad de aceptación, propiamente dicha, en la denominada «conducta social típica», que ejemplifica mediante la utilización de medios de transporte públicos, en los casos en que no se requiera la previa adquisición de un billete, o la introducción de un vehículo en un aparcamiento, ambos fruto del tráfico en masa. La citada autora se plantea la disyuntiva de si estamos ante declaraciones de voluntad expresas o manifestaciones de voluntad por *facta concludentia*, pero se inclina por la segunda posibilidad al entender que en estos supuestos no hay una declaración de voluntad, sino una actuación, y la conformidad del destinatario es una declaración de voluntad recepticia. Sin perjuicio de ello, admite que, según los usos del tráfico, puede resultar suficiente la realización de esa conducta habitual para la perfección contractual y no se exija una declaración de voluntad de aceptación frente al oferente. De este modo, en el tráfico en masa, quien se comporta de forma socialmente típica debe asumir el significado que se concede a tales actos. A nuestro juicio, aunque las conclusiones expuestas se refieren a la aceptación, pueden extenderse igualmente a la oferta.

<sup>601</sup> PUIG BRUTAU (“Fundamentos ...”, cit., p. 60) entiende que son manifestaciones de voluntad directas y expresas, aunque matiza que, en el caso de considerar que fuesen manifestaciones tácitas de voluntad, las consecuencias serían exactamente las mismas.



El segundo de los supuestos esgrimidos es el uso de taxis ubicados en las paradas específicas, aunque, a nuestro modo de ver, las circunstancias que rodean a este tipo de situaciones son las mismas cuando se solicitan sus servicios mediante el gesto de levantar la mano por el futuro cliente. Tampoco podemos corroborar que la oferta de este tipo de contrato sea tácita, dado que las condiciones de la misma se encuentran estipuladas con anterioridad al empleo de este método de desplazamiento, por lo que las conoce –o puede conocer– el usuario antes de pedir al taxista que le conduzca al destino concreto<sup>602</sup>. Asimismo, resulta obvio que el mero estacionamiento del taxi en una de estas paradas, que cuentan con rótulos explicativos, o circular con el indicativo verde encendido demuestra la voluntad contractual del conductor. En consecuencia, esta clase de propuestas contractuales sólo pueden calificarse como comunicaciones expresas de un convenio de transporte.

En el fondo, la percepción de los eruditos respecto del fenómeno de la comercialización de los servicios ofrecidos en el tráfico en masa se limitaba a dos datos: que los términos de la propuesta inicial estaban predispuestos por el proponente y que los particulares no podían discutir tales condiciones<sup>603</sup>. El corolario de semejante representación es que estos autores entendían que, en dicho proceso, no se producía el intercambio de una oferta y su pertinente aceptación en sentido estricto. En puridad, la restricción del debate sobre el objeto del futuro contrato les impulsaba a asegurar, a nuestro modo de ver erróneamente, que el vínculo instaurado entre los sujetos implicados no derivaba de un contrato, sino de una conducta<sup>604</sup>.

---

<sup>602</sup> De hecho, como es comúnmente conocido, existen tarifas oficiales que determinan el precio del recorrido, en función de diversos factores: kilómetro recorrido, recorrido urbano o interurbano, diurno o nocturno, fiesta, aeropuerto y estaciones de tren, etc. Se pueden consultar los honorarios vigentes en Madrid capital en la página web del Ayuntamiento, [www.madrid.es](http://www.madrid.es).

<sup>603</sup> En este sentido, debemos tener presente que el origen de esta polémica se retrotrae a cuestiones más trascendentales, como el concepto de negocio jurídico y su utilidad y, en especial, la revisión de dicha categoría en relación con la autonomía privada. De esta forma, al analizar la estructura y los elementos del negocio jurídico, DE CASTRO (op. cit., p. 54) explica que el negocio jurídico es un instrumento de la autonomía privada en tanto en cuanto establece una regla de conducta (regla negocial).

<sup>604</sup> DE CASTRO supo aportar a este debate su fino criterio jurídico, y centra adecuadamente tanto el origen como las consecuencias del mismo. En su labor de delimitación de la figura del negocio jurídico, dedica importantes esfuerzos a deslindarlo de las figuras de dudoso carácter negocial y dice que, modernamente, la concreción del ámbito negocial cobró un renovado auge por el interés que despertaron las *relaciones negociales o contractuales fácticas*. Explica que se ha querido ver en ellas la demostración de la crisis o decadencia de la autonomía privada, dado que prueban la preeminencia de las *fuerzas objetivas*, en pugna con las *fuerzas subjetivas*, para configurar las relaciones negociales. Según el referido autor, los partidarios de este tipo de vínculo entienden que surgen obligaciones como las originadas por un contrato, pero que dimanen no de una voluntad de contratar, sino de unos hechos a los que socialmente se les asigna tales consecuencias. Este insigne experto reflexiona sobre si la importancia de esta teoría supone la quiebra del negocio jurídico y, debido a la generalidad de los términos en que se plantea, de la propia autonomía privada. Analiza el ejemplo del viajero que toma un tranvía y paga su billete y se pregunta dónde están las declaraciones de voluntad del primero y de la compañía de tranvías. En principio, parece que no se formulan ni la oferta ni la aceptación, ni que exista consentimiento sobre derechos adquiridos y obligaciones asumidas por las partes, sino que hay unos hechos, y de ellos se desprende una relación obligatoria, como sucede en los *contratos de masas*. Sin embargo, DE CASTRO entiende que este razonamiento procede de una noción muy estrecha de la declaración de voluntad, ya que, aunque los intervinientes no hayan cruzado ni una sola palabra, su conducta es suficientemente expresiva para afirmar el nacimiento de un contrato. Socialmente, la conducta del pasajero significa

Sin perjuicio de la realidad de las circunstancias señaladas, que se desprenden tanto del examen de la contratación en virtud del uso de condiciones generales, como de la protagonizada por consumidores y usuarios, el hecho de que los puntos de la oferta estén prefijados por su autor y de que no exista negociación entre las partes no excluye que sea fruto del clásico esquema de la génesis contractual mediante la conjunción de oferta y aceptación. Por último, desde la perspectiva del tipo de declaración que concurre, debido a las características de este modelo, indefectiblemente serán declaraciones de voluntad expresas, cualquiera que sea el punto de vista que adoptemos para su análisis<sup>605</sup>.

En cuanto al plano en el que se sitúa el eventual aceptante, ciertos autores entienden que tampoco existe una genuina declaración de voluntad en la *conducta social típica*. En esta línea de pensamiento, consideran que en los ejemplos prototípicos de utilización de medios de transporte público, en los casos en que no se requiera la previa adquisición del billete, o la introducción de un vehículo en un aparcamiento, no implican la exteriorización de una intención del usuario al comenzar a usar las prestaciones reseñadas. Los expertos aludidos reflexionan sobre la posibilidad de admitir que surge una manifestación de voluntad directa y expresa<sup>606</sup> o declaraciones de voluntad por *facta concludentia*. Sin embargo, observan el inconveniente de que la aceptación contractual es una declaración de voluntad recepticia y, por tanto, ha de dirigirse al oferente, así como llegan a afirmar que, en los supuestos analizados, se produce una actuación y no una declaración de voluntad.

De este modo, los autores a que nos referimos acceden a valorar que no resulte necesaria la emisión de una declaración de voluntad de asentimiento frente al oferente, sino que bastaría la realización de esa conducta habitual o socialmente típica para la conclusión del contrato. Por consiguiente, llegan a admitir que, en el tráfico en masa, el interviniente que disfrute de las prestaciones ofrecidas tiene que

---

“quiero viajar mediante el pago del billete” y la actitud de la compañía expresa “acepto transportarte a cambio del precio del billete”. En conclusión, existe consentimiento de los intervinientes sobre las prestaciones de cada uno. Finalmente, asegura que la contratación basada en la conducta concluyente no es una idea novedosa, dado que quien tomaba un vaso de vino o una pinta de cerveza en una taberna, o repetía la consumición mediante la expresión “otra” o a través de un gesto con la mano, celebraba un contrato, al igual que el cliente del tranvía. En la actualidad, se ha producido un incremento muy notable de tales situaciones, a causa de la masificación y la rapidez, pero no se ha visto alterada su consideración de negocio jurídico.

<sup>605</sup> MENÉNDEZ MATO (“*La oferta ...*”, cit., p. 171) prefiere calificar este caso como una *invitatio ad offerendum* por parte de los clientes al taxista, ante la posible negativa de éste último por no encontrarse de servicio. También considera que la declaración de voluntad realizada por el cliente será expresa, al comunicarle de forma verbal el trayecto, pero la correspondiente al taxista será objetivamente tácita, al arrancar el coche en prueba de conformidad. A nuestro juicio, el conductor suele contestar afirmativamente, y, normalmente, consultar el itinerario al pasajero, por lo que también será una declaración expresa.

<sup>606</sup> PUIG BRUTAU, “*Fundamentos ...*”, cit., p. 60, que ya hemos citado anteriormente.

asumir el significado social de su comportamiento, que, en el presente caso, supone la aceptación del contrato. Además, matizan que no podrá oponerse la alegación de inexistencia de una efectiva voluntad de aceptación, ni posibles vicios de la voluntad, en especial, el error, a diferencia de otras hipótesis de aquiescencia del destinatario de la oferta mediante el comienzo de la ejecución del contrato<sup>607</sup>. Por nuestra parte, nos remitimos al subepígrafe posterior dedicado específicamente a dicha opción, si bien debemos anticipar que la posición doctrinal expuesta nos parece, afortunadamente, superada.

#### **ii.4 OFERTA TÁCITA DE MANDATO**

En la medida en que este supuesto gira en torno a la interpretación que se defiende de la redacción del artículo 1.710 del vigente Código Civil, estimamos conveniente reproducir la misma en el texto de la investigación, a fin de evitar continuas remisiones al mentado precepto, e incluso la reiteración de citas parciales: *“El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra. La aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta última de los actos del mandatario”*. Un destacado sector doctrinal entiende que, cuando esta norma alude al mandato tácito, comprende únicamente la oferta, porque, en caso contrario, se produciría una inexplicable reiteración al final del artículo, en donde se menciona explícitamente la posibilidad de la aceptación tácita<sup>608</sup>.

Los pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal que, de manera específica, se han ocupado de la viabilidad de la formulación implícita de los términos de la propuesta contractual inicial parecen patrocinar el mismo resultado<sup>609</sup>. La doctrina asegura que un número importante de sentencias que abordan el tema del mandato tácito en realidad se limitan a mencionar y admitir dicha eventualidad, pero sin profundizar en la misma<sup>610</sup>. El tema real de fondo suele circunscribirse a la verificación de una discutible oferta verbal de mandato, por las dificultades probatorias que encierra, o de una aceptación materializada a través del comportamiento desarrollado por el destinatario. Sin embargo, a nuestro juicio,

---

<sup>607</sup> GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., pp. 121 y 122.

<sup>608</sup> PUIG BRUTAU, “Mandato”, NEJ, T. XV, Seix, Barcelona, 1974, p. 834; ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y MARTÍN GRANIZO, M., “Artículo 1.710”, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. VI, Trivium, 2ª edic., Madrid, 1991, pp. 290 y ss.; y CRESPO ALLUÉ, F., *La revocación del mandato*, Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 27 y ss.

<sup>609</sup> Vid. SSTS, Sala de lo Civil, 2 junio 1981, 21 julio 1994, 10 julio 2003, 7 noviembre 2005 y 10 mayo 2007, en las que se indica que si el mandato tácito es conferido por meros actos del mandante, se exige que éstos sean unívocos en el sentido de que no se presten a ser interpretados diversamente, y que sean de tal forma confluyentes que den a entender la existencia de una determinada declaración de voluntad, además de ser incompatibles con cualquier otra. También podemos retrotraernos a principios del siglo pasado, vid. SSTS, Sala de lo Civil, 3 marzo 1904, 8 mayo 1920, 21 mayo 1924 y 10 julio 1935.

<sup>610</sup> SSTS, Sala de lo Civil, 27 diciembre 1966, 26 noviembre 1970, 16 abril 1985, 3 julio 1987, 1 y 20 marzo 1990, 30 abril 1992.

existe un número suficientemente representativo para afirmar la viabilidad de la proposición implícita de mandato, y, además, los términos en que se expresa el Tribunal Supremo son ciertamente contundentes.

No obstante la admisión generalizada de la oferta tácita de mandato, algunos autores encaran abiertamente la complejidad de esta figura<sup>611</sup>. Al amparo del principio de libertad de forma que, desde tiempos inmemoriales, impera en nuestro ordenamiento, y prácticamente en todos los sistemas jurídicos pertenecientes al *Civil Law* y al *Common Law*, deducen que, en principio, el artículo 1.710 mencionado puede acoger la doble contingencia de la oferta y la aceptación tácita de mandato. Sin perjuicio de lo anterior, acaban rechazando que resulte factible una proposición contractual tácita, dado que el único argumento a su favor se constriñe a la tarea interpretativa en torno a un único precepto, a fin de salvaguardar su coherencia interna, frente a los múltiples problemas que se manifiestan fruto de un análisis detallado<sup>612</sup>.

Otros expertos aseguran que el carácter expreso es consustancial a la naturaleza de la oferta, ya se refiera al contrato de mandato, ya se relacione con cualquier otra clase de contrato, y, es más, aseveran que es la principal disimilitud entre esta figura y la aceptación<sup>613</sup>. La rotundidad de este aserto descansa en la tradicional exigencia de la completitud de la proposición contractual, ya que debe contener los elementos esenciales o necesarios del contrato proyectado. En cambio, la aceptación podía limitarse a la mera aquiescencia ante la propuesta que formula el oferente, por lo que llegó a ser calificada como un acto de adhesión a la oferta recibida<sup>614</sup>.

De este modo, tal y como hemos explicado con anterioridad, mientras la declaración emitida por el proponente debe demostrar su voluntad seria y definitiva de concluir el futuro contrato<sup>615</sup>, así como reunir los puntos básicos de éste, la respuesta del destinatario sólo ha de demostrar su intención de vincularse, lo que puede limitarse a un lacónico asentimiento. Nos remitimos a la disertación

---

<sup>611</sup> DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, 1ª edic., Civitas, Madrid, 1979, pp. 155 y ss.

<sup>612</sup> LEÓN ALONSO, J.R., “Artículo 1.710”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXI, V. XXII, Edersa, Madrid, 1986, pp. 48 y 59 y ss.

<sup>613</sup> CERRILLO QUÍLEZ, F., “Consentimiento”, NEJ, T. V, Seix, Barcelona, 1953, p. 86.

<sup>614</sup> Obviamente, el término “adhesión” no alude a los contratos en los que intervienen consumidores y usuarios, aunque la utilización del mismo suele asignarse a ese tipo de convenios, sino a la declaración pública de apoyo a alguien o a algo, según la definición contenida en la página web de la RAE, [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>615</sup> Sin embargo, no parece que el aspecto subjetivo de la oferta, es decir, la intención del proponente, constituya una dificultad a efectos de admitir una oferta tácita de mandato, según la STS, Sala de lo Civil, 18 enero 1996. Nuestro Alto Tribunal considera que existió un mandato tácito -y no un contrato de préstamo, como argumentaba la recurrente-, mediante la entrega de dinero para la compra de la parcela y la realización de obra nueva en la misma, así como para la constitución de pagarés y posteriores imposiciones a plazo fijo.

ofrecida en el Capítulo anterior con relación a la flexibilización experimentada por el denominado requisito objetivo de la oferta, aunque debemos recordar que la doctrina actual ha llegado a admitir la conclusión del contrato sin necesidad de constar el precio del bien o de los servicios objeto del mismo, ni los criterios para su delimitación. Por consiguiente, la virtualidad de esta objeción genérica parece quedar minimizada ante la nueva perspectiva desde la que se defiende la configuración de la propuesta primigenia<sup>616</sup>.

En consecuencia, debemos acometer el examen de los principales inconvenientes alegados con relación a la esencia intrínseca del mandato. En primer lugar, se arguye una interpretación diferente del citado artículo 1.710 del Código Civil actual, a la luz de una exégesis conjunta con otros dos artículos del mismo cuerpo legal. Por una parte, el artículo 1.712 considera que el mandato puede ser general, si comprende todos los negocios del mandante, o especial, si sólo afecta a determinados intereses de éste. Por otra parte, el artículo 1.713 distingue entre el mandato expreso<sup>617</sup>, cuyo objeto son los actos de riguroso dominio *-ad. ex. transacción, enajenación o hipoteca-*, y el que se concede en términos generales, que se restringe a los actos de administración<sup>618</sup>.

Para cierto sector doctrinal, un análisis sistemático de los tres preceptos reseñados ofrecería la siguiente explicación para la correcta comprensión del artículo 1.710. Según lo dispuesto en el párrafo primero, en función del modo de expresión del consentimiento contractual y acorde con su esencia consensual, el contrato de mandato podrá ser expreso o tácito. De acuerdo con el principio del párrafo segundo, la oferta será siempre expresa, ya se comunique mediante palabras escritas, ya sean verbales; conforme al final del párrafo segundo, la aceptación podrá exteriorizarse a través del lenguaje escrito o implícitamente derivada de la conducta del destinatario. Finalmente, la conclusión es que el mandato tácito se configura por la concurrencia de una proposición expresa y una aquiescencia deducida del comportamiento del teórico aceptante<sup>619</sup>.

---

<sup>616</sup> CRESPO ALLUÉ (op. cit., p. 28) sostiene que la negación de la verosimilitud de las ofertas tácitas equivale al rechazo de las declaraciones de voluntad tácitas, e, incluso, que la admisión de las aceptaciones tácitas conlleva inexcusablemente la de las ofertas tácitas.

<sup>617</sup> Sin embargo, debemos recordar que el artículo 1.710 confiere al mandato expreso una significación diferente, por cuanto entiende que es aquel que se otorga por escrito –instrumento público o privado- o verbalmente. Asimismo, también atribuye dicho sentido a la aceptación expresa, frente a la tácita, que es la que se colige del comportamiento del mandatario.

<sup>618</sup> La jurisprudencia también se ha hecho eco de esta distinción entre las diversas modalidades de mandatos que exponemos en el texto de nuestra investigación -STS, Sala de lo Civil, 14 diciembre 1987-, así como también la Dirección General de los Registros y del Notariado –Resolución, 4 marzo 2009-. En cuanto a la posibilidad de que el mandato expreso se conceda mediante instrumento público, privado o de palabra, citamos, entre otras, las SSTS, Sala de lo Civil, 28 junio 1996 y 7 febrero 1997. Además, tenemos que poner de relieve que hay que diferenciar dos vertientes con relación a la figura del mandato. Por un lado, el propio contrato de mandato que liga al mandante y mandatario desde una perspectiva interna, por el que el segundo se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta del primero –art. 1.709-. Por otro lado, el encargo que el mandante confiere al mandatario, y, en virtud del cual, el segundo podrá celebrar contratos con terceros.

<sup>619</sup> MENÉNDEZ MATO, “La oferta tácita de mandato”, AC, nº 13, marzo-abril 1999, pp. 327 y 328.

El segundo argumento descansa en la adecuada correlación entre la concepción que muestra el artículo acerca de la aceptación tácita –inferida exclusivamente de la conducta del receptor de la propuesta inicial- y la limitación contenida en el artículo 1.713, en virtud de la cual el mandato tácito únicamente puede comprender actos de administración<sup>620</sup>. De este modo, los expertos intentan soslayar esta dificultad mediante la posibilidad de que la oferta del mandato sea formulada implícitamente por el eventual mandatario y, posteriormente, aceptada por el posible mandante, a pesar de la dicción literal del artículo 1.710<sup>621</sup>. La viabilidad de esta opción se circunscribe a la actuación del primero en el ámbito de la gestión ordinaria de los negocios del segundo, lógicamente menos gravosos que los actos de disposición. En cuanto a los requisitos que se vienen exigiendo a la propuesta contractual, el ánimo de obligarse por parte del mandatario puede inferirse decididamente de su mera actividad.

Por lo que concierne al plano objetivo, los preceptos del Código Civil contendrían los términos necesarios de tal proposición. Se caracterizaría como gratuito o retribuido en la medida en que los servicios a que se refiere la oferta tácita constituyen el quehacer profesional del mandatario<sup>622</sup>, y se circunscribiría a actos imprescindibles para la conservación del patrimonio del mandante, siempre que se incardinan en la gerencia corriente del mismo. Por consiguiente, dada la amplitud con que el artículo 1.709 concibe al objeto del contrato de mandato y la delimitación genérica, pero suficiente, que se colige de los artículos 1.711, 1.712 y 1.713, cuando del contexto se pueda deducir la actuación requerida para la administración de los negocios del mandante, podría considerarse factible que los actos desarrollados por el mandatario se erijan en una propuesta contractual tácita<sup>623</sup>.

Sin embargo, no podemos olvidar que el mandatario, bien actúe como hipotético oferente, bien como eventual aceptante, debe sujetar su actuación a los márgenes que impone la diligencia de un buen padre de familia –art. 1.719-, en

---

<sup>620</sup> Por el contrario, GORDILLO CAÑAS, A. (“Representación voluntaria”, *EJB*, T. IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 5836) expone que el objeto del contrato de mandato se circunscribe al acto o negocio que debe llevar a cabo el mandatario por cuenta del mandante, y lo valora como una actividad directamente jurídica, en cuanto contrapuesta a la material. De su exposición, podríamos inferir que el objeto del mandato es muy amplio, y que no es necesario delimitar dicha actividad por lo que concierne a sus elementos esenciales. De este modo, resultaría completa una oferta tácita de mandato que exteriorizara, por medio de actos, la voluntad del mandante de que el mandatario lleve a cabo en su nombre y beneficio un determinado servicio o alguna cosa.

<sup>621</sup> Una interpretación literal de dicho precepto excluiría dicha contingencia, dado que parece limitar la aceptación al mandatario, ya sea expresa o tácita.

<sup>622</sup> En la STS, Sala de lo Civil, 21 febrero 1995, se expone que, aunque la regla general contenida en el artículo 1.711 del Código Civil es la gratuidad, el citado precepto también apunta que puede ser retribuido, y no sólo en virtud de pacto al efecto, sino cuando se acredite la “profesionalidad” del mandatario. Vid. también el artículo 277 del Código Civil en relación con el contrato de comisión, de la misma familia que el mandato; lo que resulta extensible al atípico contrato de corretaje, que pertenece a la mencionada “estirpe”.

<sup>623</sup> LEÓN ALONSO (op. cit., pp. 60 y 61) entiende perfectamente factible la posibilidad expuesta.

defecto de concretas pautas establecidas por el mandante, so pena de extralimitarse en sus funciones. Pese a ello, el mandante puede ratificar la labor desplegada por el mandatario con posterioridad, por lo que subsanaría cualquier exceso cometido por aquél –art. 1.727-. Además, también debemos tener presente que el mandante está obligado a resarcir todos los gastos que el mandatario haya anticipado para el desenvolvimiento de su actividad, con independencia de su cuantía –art. 1.728-. En resumen, cabría aducir que si el mandatario se limita a la realización de actos de mera administración, no rebasaría los límites del mandato, de forma que el inconveniente de esta teoría se traslada a la delimitación del concepto de tales actos<sup>624</sup>.

En tercer lugar, se alude a la estrecha conexión existente entre el contrato de mandato y la figura de la representación, que se acompañan de una defectuosa regulación en nuestro Código Civil, y a la relación directa que se establece entre el objetivo de la ratificación del mandatario que actúa sin poder o que se excede del que se le ha conferido y la protección de la legítima confianza de los terceros de buena fe que interactúan con aquél. Teóricamente, resulta sencillo distinguir ambas categorías. El mandato alude a las relaciones internas entre mandante y mandatario y se alcanza mediante la celebración de un contrato a tal efecto, por el que el mandatario actúa en nombre propio, pero en beneficio del mandante, frente a los terceros. Por su parte, la representación repercute en las relaciones externas, que median entre el representante y los terceros, y se logra mediante el otorgamiento de un poder que faculta a aquél para proceder en nombre y a favor del representado o poderdante<sup>625</sup>.

---

<sup>624</sup> MENÉNDEZ MATO (*“La oferta tácita ...”*, cit., pp. 333 a 335) considera que el problema último radica en la noción de «acto de administración» frente a la de «acto de disposición o de riguroso dominio», a las que se refiere el artículo 1.713 del Código Civil y, por encima de todo, a la propia dificultad probatoria de la hipotética oferta tácita de mandato.

<sup>625</sup> Resulta sumamente esclarecedora la STS, Sala de lo Civil, 17 octubre 1932, según la cual “Que el contrato por el cual se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, y el apoderamiento que confiere facultad al apoderado para que concluya actos o negocios jurídicos por su poderdante como si este mismo los hubiera celebrado, son dos figuras de tan esenciales diferencias entre sí, que ni siquiera se borran por entero cuando se funden ambas en la unidad del mandato representativo; y en su consecuencia, los efectos de este contrato, materia del presente recurso queden regidos con la debida separación conceptual y técnica; correspondiendo a la esfera interna cuanto toca a los derechos y obligaciones recíprocas de mandante, y mandatario, y por ende, cuanto afecta a la conducta del último en la ejecución del mandato que habrá de llevar a cabo dentro del encargo recibido y con arreglo a la instrucción del primero, o en su defecto, haciendo todo lo que según la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia; mientras que a la exterior esfera competen los efectos del contrato en relación a terceros, llegando hasta obligar al mandante con relación a ellos siempre que el mandatario hubiera actuado dentro de los límites del mandato o por el contrario obligando al mandatario con relación a tercero si traspasó sus poderes sin dar de ello suficiente conocimiento”. Asimismo, esta sentencia se ocupa de establecer claramente que “[...] la extralimitación del mandato por parte del mandatario provoca para éste responsabilidades internas ante su principal, pues a tenor del artículo 1714 del Código Civil está obligado a no traspasar los límites de sus poderes y procediendo en contrario esto es, con extralimitación de facultades, queda sujeto a la responsabilidad contractual que en términos generales define el artículo 1101 del Código Civil y en especial el artículo 1718 de la misma Ley sustantiva”. Por último, señala que “La opción entre ambas acciones corresponde por entero a su titular el mandante, como dueño que es de su interés propio, si bien, cuando elija la indemnización de daños y perjuicios, correrá a su cargo la prueba de la existencia y cuantía de los mismos cuya apreciación definitiva compete al Tribunal de instancia”.

La combinación de ambas figuras ofrece diversos resultados: por un lado, la existencia de un mandato por el que se confiere, o no, un poder y, por otro lado, la representación sin un mandato en el trasfondo, pero en el que existe otro tipo de relación contractual, *v. gr.* el arrendamiento de servicios o el contrato de sociedad, aunque no todos los autores admiten la existencia de esta figura<sup>626</sup>. La jurisprudencia suele calificar como mandatos aquellas situaciones en las que la ligazón entre las partes obedece a nexos diferentes del mandato, aunque, a veces, recurre directamente a la figura de la representación. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, mezcla desorganizadamente las características propias de cada una de las categorías expuestas, por lo que no resulta factible extraer conclusiones precisas<sup>627</sup>.

Se explica que esa confusión responde a la necesidad de emplear todos los recursos jurídicos dirigidos a asegurar la defensa de los intereses de los sujetos que, de buena fe, contratan con personas que intervienen a favor de otras –agentes, mediadores, representantes o mandatarios–, con base en la confianza desplegada por éstos<sup>628</sup>. Con la finalidad expuesta, la jurisprudencia suele acudir al mandato derivado de la aceptación de una propuesta contractual exteriorizada mediante un comportamiento, realizado tanto por el mandante como por el mandatario, y, en su defecto, a la ratificación tácita o expresa del mandato, o de la representación<sup>629</sup>. A ello habría que sumar la dificultad probatoria ínsita a las declaraciones verbales en que se base la existencia de un mandato o de la representación.

---

<sup>626</sup> LACRUZ BERDEJO (*“Elementos ...”*, cit., pp. 319 y 320) expone que, aunque resulta factible teóricamente una actuación representativa que se base única y exclusivamente en un poder, e incluso sin previo apoderamiento, por cuanto es posible la ratificación posterior de los actos realizados sin el mismo, en la práctica el otorgamiento obedece a una relación anterior de confianza o de tipo contractual –normalmente, mandato–. Por consiguiente, la representación se integra en el negocio gestorio que subyace en la base, y que, en la mayoría de las ocasiones, consiste en un mandato, pero también puede tratarse, entre otros, de un arrendamiento de servicios o sociedad. Por el contrario, GORDILLO CAÑAS (*“Poder de representación”*, *EJB*, T. IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 4914) no cree posible un apoderamiento autónomo o aislado. Por su parte, LÓPEZ y LÓPEZ, A.M. (*“La gestión típica derivada del mandato”*, *RDP*, núm. 80, julio-agosto 1996, p. 563) entiende que todo mandato es representativo.

<sup>627</sup> En este sentido, debemos tener presente que la constatación de la existencia de un encargo tácito de mandato es una cuestión de hecho que debe ser apreciada por los Tribunales de instancia, como afirman las SSTS, Sala de lo Civil, 29 marzo 1995, 7 febrero 1997 y 30 noviembre 2001. Esta valoración sólo puede ser desvirtuada mediante la acreditación de un error en la valoración de la prueba –SSTS, Sala de lo Civil, 3 julio 1987 y 10 mayo 2007–.

<sup>628</sup> SSTS, Sala de lo Civil, 17 mayo 1971, 22 junio 1989, 14 y 31 mayo y 25 julio 1991, 13 mayo 1992, 31 marzo 1998, 2 abril 2004 y 9 diciembre 2005. En la STS 13 mayo 1992, el Tribunal Supremo condena a abonar al demandante una suma de dinero, más los intereses, que aquél había entregado a un empleado de dicha entidad, pero que éste no contabilizó en la citada entidad. Entre otros argumentos, indica que el fallo de la Audiencia Provincial, que confirma, se funda en “[...] la exigencia de la buena fe, en la apariencia que el actuar dentro de la institución transmite a los que a ella acuden de que hablan y gestionan con quienes pueden actuar como actúan, en la existencia, en fin, de factores mercantiles con poderes implícitos para todo lo que sea del giro o tráfico de la empresa en la que desempeñan su empleo”.

<sup>629</sup> SSTS, 10 febrero 1967 y 1 mayo 1990. En este último pronunciamiento, el Tribunal Supremo alude a las distintas clases de mandato y, además, asegura que no hubo traspaso de los límites del mandato conferido, porque, según el uso habitual –*rectius*, práctica entre las partes–, el mandante siempre ratificó posteriormente las compras realizadas por el mandatario, mediante actos, como la asunción de las deudas contraídas por éste último en nombre del primero.



Sin perjuicio de todas las alegaciones descritas, se contraponen a la aptitud de la propuesta contractual inicial expresada mediante la actuación desarrollada por el mandatario, y limitada a los actos de administración, que las condiciones en que dicha actividad debe desenvolverse no quedan delimitadas completamente. Igualmente, se rechaza la posibilidad de que se entienda completada la oferta *a posteriori*, al suscitar dificultades para establecer la debida separación con otras dos figuras: el cuasi contrato de gestión de negocios ajenos y la ratificación de la actuación del mandatario que se excede del mandato conferido. En el primer caso, la proposición contractual consistiría en la propia actividad realizada para la administración de los asuntos de otro sin encargo previo y, en el segundo, en los actos no amparados por el mandato existente<sup>630</sup>.

A nuestro juicio, hemos expuesto argumentos que justifican adecuadamente la posibilidad que estamos examinando, y la realidad respalda la misma, por cuanto son numerosas las hipótesis en que el juzgador se enfrenta a la eventualidad de tutelar las expectativas del tercero de buena fe que, al contratar con el mandatario o representante, desconoce que éste carece de legitimación o que ha rebasado la habilitación que se le concedió. La otra opción es proceder a una aplicación estricta de la regulación existente, escasa y deficiente, y rechazar la conclusión de un contrato cuya oferta deriva de la conducta del mandatario o representante. Asimismo, la completitud de la propuesta contractual derivada de la conducta del mandatario se debe acomodar a la nueva óptica ya descrita, máxime cuando aquél se dedique habitualmente a dichos menesteres, en cuyo caso será fácil acudir a los usos del tráfico o a tarifas oficiales para determinar el precio de sus servicios.

Por su parte, la Propuesta de Modernización del Código Civil introduce, como novedad, una regulación muy completa de la figura de la representación – artículos 1.282 a 1.293-, que coexistirá con la subsistente sobre el mandato. De este modo, se aclara que esta figura se regirá tanto por los nuevos preceptos como por los que le resulten aplicables en función de la naturaleza de la relación que une a los intervinientes y, subsidiariamente, por las normas previstas en el Código Civil para el mandato, por lo que se admite que el vínculo subyacente pueda ser diferente al tradicional mandato. Asimismo, a los efectos de la discusión planteada, podemos señalar que el proyectado artículo 1.284 establece que “*El apoderamiento puede ser*

---

<sup>630</sup> En ambos casos, la oferta –tácita- consistiría en la actuación realizada por el mandatario, al extralimitarse en el poder conferido o en la falta del mismo, así como al gestionar negocios ajenos sin autorización, y la aceptación se produciría por parte del mandante, a través de la ratificación posterior, expresa o tácita. Según MENÉNDEZ MATO (“*La oferta tácita ...*”, cit., pp. 340 y 341), esta teoría ha tenido una gran acogida por la doctrina germana, pero no la apoya con base en los pronunciamientos doctrinales actuales y, sobre todo, por la falta de efectos de la conducta del mandatario con anterioridad a la ratificación del mandante.

tácito, siempre que resulte de actos concluyentes del poderdante”, mientras que en el resto del articulado se refiere al representante y representado.

Por último, también consideramos relevante señalar que, acertadamente, se amplía el concepto de mandato expreso, de forma que se referirá tanto a los actos de riguroso dominio, como a los negocios gratuitos y a los que impliquen prestaciones personales<sup>631</sup>. Igualmente, se prevé la posibilidad de la ratificación de los actos de quien actúa sin poder<sup>632</sup> o se extralimita, e indica que puede ser expresa o tácita. En este último caso, se ejemplifica el aprovechamiento por el mandante de los beneficios derivados de la actuación del mandatario<sup>633</sup>, situación que ha venido reconociendo tradicionalmente la jurisprudencia<sup>634</sup>. La lectura conjunta de los preceptos reseñados, en unión de la exposición anterior, nos invita a opinar que la citada Propuesta puede resultar un decidido apoyo a la especialidad analizada en el presente apartado, lo que, en nuestra opinión, resulta de todo punto acertado<sup>635</sup>.

## **ii.5 EJECUCIÓN POR EL OFERENTE**

En un apartado posterior, abordaremos el estudio de la emisión de la aceptación a través de la ejecución, e, incluso, del inicio de la misma por el hipotético aceptante, cuestión que anunciamos en este momento a fin de distinguir ese supuesto del que ahora examinamos. En este caso, la doctrina señala que el cumplimiento de las prestaciones que incumben a los intervinientes se realiza por ambos, no sólo por el destinatario de la propuesta contractual. De esta forma, ciertos autores sugieren la denominación de *contrato de hecho*, ya que se forma mediante la ejecución bilateral de los contratantes. Es más, se afirma que esta clase de convenios

---

<sup>631</sup> Artículo 1.286, n° 2 de la Propuesta de Modernización: “Se requerirá la concesión expresa de facultades para realizar negocios gratuitos, así como para los que impongan al representado prestaciones personales y para transigir, enajenar, gravar o realizar cualquier otro acto de disposición o de riguroso dominio”.

<sup>632</sup> Figura recogida en el artículo 1.259 del Código Civil, y, que, unánimemente, se denomina *falsus procurator*. Se anuda la nulidad como consecuencia del contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal, salvo que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de que sea revocado por el otro interviniente.

<sup>633</sup> Artículo 1.288, n° 2, 3 y 4 de la Propuesta de Modernización: “Los actos de quien actúa en nombre de otro careciendo de poderes de representación o traspasando sus límites no vinculan al así representado y al tercero a menos que los ratifique aquél en cuyo nombre se hubiera actuado. La ratificación puede ser expresa o resultar de actos concluyentes. Se entiende que hay ratificación si el representado aprovecha las ventajas derivadas de las obligaciones contraídas en su interés”.

<sup>634</sup> SSTs, Sala de lo Civil, 10 octubre 1963, 3 julio 1987 y 17 julio 1995.

<sup>635</sup> Debido a la importancia de la institución de la representación en los contratos internacionales, se regula en los Principios Unidroit, pero, tal y como se clarifica en los comentarios realizados al precepto 2.2.1 –versión 2004- (op. cit., pp. 76 y 77), sólo se ocupa de las relaciones externas, es decir, entre el representado o representante, por una parte, y el tercero, por otra parte, así como de los representantes que ostentan poder suficiente para celebrar contratos en nombre del representado. Por lo que concierne al mandato, lo asimila al caso más habitual de apoderamiento expreso (vid. comentarios al artículo 2.2.2. –versión 2004-, op. cit., p. 79). Por su parte, los PECL abordan igualmente la reglamentación de esta figura –arts. 3:101 a 3:304-, y distinguen entre representación directa e indirecta, si bien, en línea con su predecesor, tampoco contempla las relaciones entre el representado y el representante o intermediario. Por último, como no podía ser de otra forma, el DCFR prevé una completa regulación de la representación en los artículos II.- 6:101 a II.- 6:112, que se sitúa en la misma dirección que los dos textos uniformes anteriores.

no puede calificarse como consensual, porque su origen se sitúa directamente en la consumación llevaba a cabo por sendas partes<sup>636</sup>.

A efectos de nuestro análisis, se puede apreciar que, en principio, la exteriorización de la oferta surge como una manifestación tácita de la voluntad del oferente o, como señala otro de los autores que defienden esta posibilidad, consiste en un hecho que entraña dicha proposición. El paradigma presentado para apoyar esta teoría consiste en la remisión de una muestra del producto sin que se haya encargado previamente. Se pone de manifiesto que este supuesto ofrece ciertos problemas con relación a la custodia y conservación de dicho envío, y se duda acerca de la obligación del receptor de proteger la mercancía recibida, ante lo cual se responde que deberá preservarla, pero todos los gastos que genere dicha labor deberán ser sufragados por el remitente<sup>637</sup>. Obviamente, siempre que el destinatario rechace la remesa, ya que, dado que no la ha solicitado, podrá aceptarla o rehusarla<sup>638</sup> y, además, con independencia de que la expedición de las mercancías se configure como una genuina propuesta contractual o como una sugerencia del teórico oferente a que se le realice una oferta.

La doctrina señala que la actuación realizada por el eventual oferente delata claramente su intención de concluir un contrato con el posible aceptante, por lo que la vertiente subjetiva de la oferta estaría debidamente verificada<sup>639</sup>. En cuanto a la exigencia de la completitud de la propuesta inicial, los críticos consideran que, en la mayoría de los casos, se reflejará, al menos, el precio en el envoltorio del bien, en el interior del paquete o en la factura que se adjunte. De este modo, constituirá una declaración de voluntad expresa -lenguaje escrito-, y no tácita, aunque con la especialidad de comprender la ejecución simultánea por el oferente. Por el

---

<sup>636</sup> MENÉNDEZ MATO (*“La oferta ...”*, cit., p. 168) describe esta teoría y cita a SACCO, R. (*“Conclusioni del contratto”*, *Revista di Diritto Civile*, 1981, II, pp. 523 y ss.) como exponente de la misma. Este autor italiano parte del artículo 1.327 del Código Civil italiano, cuyo contenido se corresponde con la conclusión del contrato mediante el inicio de la ejecución de la prestación por el aceptante sin previa respuesta, ya sea a petición del oferente, por la naturaleza del asunto o según los usos. De este modo, considera vinculado ese supuesto legal con el caso que analizamos en el presente apartado, al que denomina “contrato formado mediante ejecución bilateral”. No obstante, a pesar de la magnífica presentación que realiza, MENÉNDEZ MATO no se muestra partidario de la viabilidad de las ofertas tácitas.

<sup>637</sup> PUIG PEÑA, *“Compendio ...”*, cit., pp. 466 y ss. n. 2.

<sup>638</sup> Por el contrario, BONET RAMÓN (*Compendio de Derecho Civil*, T. I, *Parte General*, Edersa, Madrid, 1959, pp. 633 y ss.) considera que, salvo que exista un convenio anterior, según el que las mercancías expedidas y no rechazadas deben ser conservadas, el destinatario del envío no se encuentra constreñido a conservarla conforme a la diligencia de un buen padre de familia, si bien no podrá dañarla ni destruirla.

<sup>639</sup> Sin embargo, debemos valorar la eventualidad de que el remitente padezca un error en la persona del destinatario, sin perjuicio de que el envío reúna los requisitos necesarios para conceptuarlo como una verdadera oferta, en cuyo caso aquél podría invocar la anulación del contrato cuando, de acuerdo a los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, la consideración a la persona del receptor hubiera sido la causa principal del mismo. La otra opción consiste, lógicamente, en aceptar su celebración y exigir el pago del precio del producto despachado. En este punto, hay que recordar que el artículo 42 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, que establecía la prohibición de los envíos no solicitados, preveía esta contingencia y establecía el derecho del receptor a ser indemnizado por los gastos y daños que se le hubieran irrogado, según la redacción ofrecida por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre. Sin embargo, esta cautela ha desaparecido con la modificación introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

contrario, si no se indica el valor, entienden que la proposición sería incompleta y, consecuentemente, no podría conceptuarse como una genuina proposición contractual, sino como una invitación a formular ofertas<sup>640</sup>.

A nuestro modo de ver, el verdadero escollo estriba en decidir si estamos ante una auténtica oferta, debido, en primer lugar, a la dificultad de valorar la voluntad de obligarse cuando en el envío no se haga constar el precio del objeto, ya que se ha generalizado la remisión de muestras comerciales sin coste alguno para el destinatario<sup>641</sup>. La finalidad de esta práctica publicitaria radica en promover la comercialización mediante el conocimiento que adquieren los posibles clientes sobre los productos gracias a los ejemplares recibidos. Consecuentemente, el empresario o comerciante introducirá un mensaje propagandístico acerca de sus bienes o productos en las partidas que despache. Por consiguiente, en cualquier caso, habrá una declaración de voluntad expresa, y, en función de los términos de

---

<sup>640</sup> Nos remitimos a nuestra exposición anterior sobre la flexibilización de los elementos que debe contener la proposición contractual inicial para la configuración del contrato propuesto al eventual aceptante y, en especial, al precio; cuestión que también mencionamos al examinar la oferta tácita de mandato. Esta tendencia se observa en la Propuesta de Modernización del Código Civil y en sus precursores, pero también encontró acogida en nuestra doctrina y jurisprudencia desde el siglo pasado. En esta línea, resulta paradigmática la STS, Sala de lo Civil, 4 julio 1984, en la que nuestro Alto Tribunal resuelve la reclamación del pago de honorarios profesionales por los ingenieros agrónomos accionantes a causa de la redacción de un proyecto de transformación del sistema de riego de una finca y nos ofrece dos conclusiones trascendentes, que se repiten en pronunciamientos posteriores. En primer lugar, por lo que se refiere a la alegación de que la indeterminación de la prestación a cargo de los actores, ya que no aparecía descrita con los detalles precisos el alcance de la transformación del sistema de riego en la hoja de encargo, se indica, por una parte, que a los servicios prestados no se les tachó de inadecuados, deficientes o ejecutados fuera del tiempo convenido, y, por otra parte, que, en materia de servicios no laborales como son los que se analiza, los usos profesionales completan el contenido contractual (arts. 1287 y 1258 del Código Sustantivo), y ello hace innecesario toda referencia a la manera cómo ha de desempeñar su actividad el profesional y el preciso alcance de su tarea, por lo que en el supuesto planteado fue suficiente que la hoja de encargo mencionara el «Proyecto de transformación del sistema de riego de la finca» de que se trata, sin pasar a otras especificaciones que las conversaciones previas entre las partes hacían innecesarias y que los Ingenieros demandantes concretaron hasta el menor detalle y con meticulosidad encomiable en su trabajo final. En segundo lugar, en cuanto a la falta de concreción del precio, afirma que es doctrina legal reiterada la de que no es indispensable la fijación de ese elemento al tiempo de la celebración del contrato de arrendamiento de servicios, normalmente determinable por la costumbre o con arreglo a la equidad, y, sobre todo, acudiendo a las pautas orientadoras que proporcionan las tarifas corporativas. En el caso debatido, se puntualiza en la hoja de encargo que «los honorarios profesionales serán visados por el Colegio de Ingenieros Agrónomos de Extremadura, que comprobará su adecuación a las tarifas establecidas en el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 19 diciembre 1961 y demás disposiciones vigentes». En la misma línea, SSTS, Sala de lo Civil, 10 noviembre 1944, 24 noviembre 1954, 19 enero 1957 y 5 febrero 1983.

En cuanto a los honorarios de los abogados, la STS, Sala de lo Civil, 3 febrero 1998, establece que, aunque la existencia de un «precio cierto» sea elemento necesario para la validez del contrato de arrendamientos de servicios y, en consecuencia, de los servicios profesionales prestados por abogado, dicha exigencia se cumple no sólo cuando el precio se pacta expresamente, sino, también, cuando es conocido mediante la costumbre o el uso frecuente en el lugar en que se prestan los servicios. Asimismo, en el supuesto de profesionales que figuran inscritos en una corporación o colegio profesional, la retribución de sus servicios puede estar regulado por aranceles o tarifas o, como es el caso de los abogados, por normas orientadoras de los honorarios mínimos que protegen frente a la competencia desleal, pero que también proporcionan criterios indicativos sobre el coste de los servicios. Ello es predicable, asimismo, en torno al contrato de corretaje, el mandato (art. 1.711 Código Civil) y la comisión mercantil (art. 277 Código de Comercio). En cuanto al corretaje se refiere, esta solución ha sido explícitamente admitida en el B.G.B., Código Civil italiano, Código de las Obligaciones suizo, y, más recientemente, en el Código Civil brasileño de 2002. Cfr. el estudio realizado sobre esta específica tipología contractual por CUADRADO PÉREZ, «Consideraciones sobre el contrato de corretaje», *RCDI*, núm. 704, 2007, pp. 2481 a 2558.

<sup>641</sup> Sin perjuicio de lo expuesto en cuanto a la evolución del cumplimiento del requisito del precio cierto, en cualquier caso, no parece que la contraprestación sea un elemento determinante, dado que se trata del envío de una muestra y no de una cantidad representativa, como en el caso que examinaremos en las páginas posteriores.

la misma, estaremos ante una proposición contractual en sentido técnico jurídico o ante una táctica de divulgación y venta<sup>642</sup>.

Por lo que se refiere a la perspectiva del eventual aceptante, algunos autores asumen que, en el tráfico actual y, especialmente, en ciertos sectores, se ha de admitir que determinadas conductas se valoren como la aceptación del destinatario de la oferta. A tal fin, exponen como ejemplo la remisión de un libro, incluido en un catálogo, por parte de un proveedor a sus clientes para su examen, con la posibilidad de que éstos lo devuelvan si no les interesa, de forma que, si no se produce el rechazo, debe interpretarse como aceptación de la proposición recibida. Se alude a que la doctrina alemana denomina estos supuestos como *actos de cumplimiento*, y que, en el fondo, estamos ante hipótesis de asentimiento expresado mediante una conducta significativa basada en usos particulares.

Sin embargo, matizan que habrá que examinar detenidamente el comportamiento de los intervinientes y los convenios anteriores, de forma que si éstos no existieran, el mero envío de un libro con la advertencia de que se entenderá aceptada la propuesta contractual en caso de no responder en un plazo concreto no podrá condicionar al receptor para que devuelva el producto recibido, ni podrá interpretarse su silencio como aquiescencia. Se mencionan los principios de la buena fe, la confianza y responsabilidad como criterios para valorar, en cada caso, si ha existido o no aceptación.

En segundo lugar, cabría juzgar que el supuesto que estamos examinando con atención en este apartado no podrá alcanzar la consideración de oferta en sentido técnico jurídico cuando el destinatario sea un consumidor y usuario. La normativa española y la europea prohíben lo que denominan *suministros no solicitados*, y, en su virtud, no podrán expedirse bienes ni proporcionar servicios a los miembros de ese colectivo si no revisten carácter gratuito, y no hay un encargo previo por parte de éstos. Afortunadamente, también se ha contemplado la sanción en caso de que se quebrante la proscripción reseñada, que, según el mínimo establecido inicialmente por el legislador comunitario respecto a los contratos a

---

<sup>642</sup> Supuestos diferentes son las ventas hechas a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida y la venta de cosas que es costumbre probar antes de recibirlas o ventas *ad gustum*, las cuales, según el art. 1.453 del Código Civil, se presumen hechas siempre bajo condición suspensiva. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (op. cit., p. 297) consideran que dicha condición debe ser entendida en ambos casos en un sentido objetivo, de forma que, si probada o como resultado del ensayo, la cosa vendida reúne las cualidades o la calidad expresa o tácitamente convenida por las partes y, por tanto, determinante para la compra, el comprador carece la facultad de desistir del contrato. Sin embargo, es opinión extendida que en las ventas *ad gustum* la condición dependa del “libre querer” del comprador. Para los autores citados, ello la convertiría en una condición puramente potestativa, que, según el artículo 1.115 del Código Civil, es nula. Aun cuando es una materia muy discutida, que excede del ámbito de la presente investigación, se pueden argüir en apoyo de la opinión de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN los artículos 1.114 del Código Civil y 328 del Código de Comercio, así como los antecedentes históricos del precepto señalado.

distancia, consistía en exonerar al receptor de toda contraprestación. Además, se puntualizaba que la actitud silenciosa de aquél no podrá valorarse como aquiescencia a la propuesta recibida.

La Ley de Ordenación del Comercio Minorista<sup>643</sup>, que se anticipó a la Directiva comunitaria en ciernes<sup>644</sup>, amplió el ámbito de protección frente a este hábito de difusión comercial, y eximió a los receptores de la obligación de devolver los artículos, así como les dispensó de indemnizar por los daños sufridos por los productos, en el caso de que decidieran reintegrarlos al empresario o comerciante. Posteriormente, y a consecuencia de diversos impulsos para la salvaguardia de los intereses de los consumidores y usuarios surgidos en el seno de la Unión Europea, se ha venido aumentando el nivel de tutela legislativa<sup>645</sup>, hasta abarcar el reintegro tanto de los gastos como de los daños y perjuicios que se le hayan causado. En nuestra opinión, la actuación del empresario o comerciante que vulnere las previsiones legales descritas no debe conceptuarse como propuesta contractual, por lo que resulta estéril el debate sobre el tipo de declaración que puede llegar a implicar.

Igualmente, se apunta por algún autor, pese a que no acomete un análisis pormenorizado, que un caso semejante sería aquel en que el hipotético oferente remitiera al destinatario una proporción superior a la mera muestra a la que se

---

<sup>643</sup> Artículo 42 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, modificado por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la citada Ley 7/1996, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias, y, finalmente, derogado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que transpone la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

La Ley 3/14 introdujo un artículo 66 quáter en el Real Decreto 1/2007, cuya rúbrica es “*Prohibición de envíos y suministros no solicitados*” y su tenor literal, más completo que el de sus predecesores, es el siguiente: “1. *Queda prohibido el envío y el suministro al consumidor y usuario de bienes, de agua, gas o electricidad, de calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital o de prestación de servicios no solicitados por él, cuando dichos envíos y suministros incluyan una pretensión de pago de cualquier naturaleza. En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el consumidor y usuario receptor no estará obligado a su devolución o custodia, ni podrá reclamársele pago alguno por parte del empresario que envió el bien o suministró el servicio no solicitado. En tal caso, la falta de respuesta del consumidor y usuario a dicho envío, suministro o prestación de servicios no solicitados no se considerará consentimiento. En caso de contratos para el suministro de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, o calefacción mediante sistemas urbanos, en los que el suministro ya se estuviera prestando previamente al suministro no solicitado al nuevo suministrador, se entenderá el interés del consumidor en continuar con el suministro del servicio con su suministrador anterior, volviendo a ser suministrado por éste quién tendrá derecho a cobrar los suministros a la empresa que suministró indebidamente. 2. Si el consumidor y usuario decide devolver los bienes recibidos no responderá por los daños o deméritos sufridos, y tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieran causado*”.

<sup>644</sup> Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores y usuarios en materia de contratos a distancia y Directiva 2011/83/UE, que, entre otras cuestiones, deroga la Directiva anterior.

<sup>645</sup> Asimismo, otra ampliación normativa que tenemos que poner de relieve consiste en que el supuesto ya no se limita al envío de productos, sino que también comprende el suministro de servicios, desde la reforma introducida por la citada Ley 3/2014. En esta dirección, igualmente debemos destacar que, a nuestro juicio, el legislador se ha hecho eco de la realidad en que se desenvuelve el consumidor y usuario, y, consecuentemente, ha contemplado casos que le afectan con carácter cotidiano, como el suministro de agua, gas y electricidad, donde la intensa competencia entre las empresas distribuidoras provoca conductas que, en ocasiones, pudieran llegar a calificarse como fraudulentas.

refería el supuesto anterior<sup>646</sup>. No obstante el escaso interés demostrado por la doctrina, estimamos que se configura como el arquetipo por excelencia de una posible oferta tácita, aunque, a nuestro modo de ver, el comportamiento del expedidor debería localizarse en el marco de unas relaciones contractuales previas entre los intervinientes o de tracto sucesivo<sup>647</sup>, sobre todo cuando, en el segundo caso, la duración del contrato se extiende en el tiempo<sup>648</sup>. De este modo, se podría evitar la oposición del destinatario a la conclusión del contrato con base en el argumento de que sería un suministro no solicitado<sup>649</sup> -tanto si responde, de forma expresa o tácita, como si, sobre todo, muestra una actitud silente-<sup>650</sup>.

Por lo que concierne a la posición que presenta la Propuesta de Modernización del Código Civil en torno a esta cuestión, hemos aludido en ocasiones anteriores a que consideramos que no sólo ratifica la vigencia del principio consensualista presente en nuestro ordenamiento jurídico, así como en el resto de países integrantes del *Civil Law*, y en el *Common Law*, sino que acrecienta su

---

<sup>646</sup> MENÉNDEZ MATO, “*La oferta* ...”, cit., p. 168, nota 409.

<sup>647</sup> DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos* ...”, cit., p. 190) explica que las declaraciones tácitas de voluntad se producen cuando una persona realiza un acto concreto o adopta una determinada conducta que, sin manifestar claramente intención alguna, permite inferir que subyace dicha voluntad. También señala que, generalmente, este tipo de declaraciones funcionan en las vicisitudes de una relación contractual creada y subsistente, como, por ejemplo, la tácita reconducción -art. 1.567 CC- en cuanto demuestra un propósito de novación. Sin embargo, matiza que no existe ningún inconveniente para que esta situación se produzca en el momento inicial del establecimiento de una relación contractual y, a tal efecto, señala que nuestro Código Civil alude al mandato tácito y a la aceptación tácita. Asimismo, también admite que esta regla se puede extender, aunque le resulta más difícil imaginar supuestos, fuera de relaciones de la vida cotidiana, como los casos de la conducta social típica o la contratación por medio de máquinas automáticas.

<sup>648</sup> A nuestro modo de ver, también debemos estimar englobadas las relaciones derivadas de un contrato marco, cuya ejecución se produce mediante pedidos sucesivos en el transcurso de un dilatado lapso temporal.

<sup>649</sup> Asimismo, entendemos que esta conclusión se acomoda a los supuestos en que el receptor del envío ostente la condición de empresario y comerciante o de consumidor o usuario. Cuestión diferente es que el segundo colectivo mencionado contaría con una normativa específica en la materia.

<sup>650</sup> En este sentido, podemos acudir a las SSTs, Sala de lo Civil, 25 noviembre 1966, 21 diciembre 1981 y 22 y 25 noviembre 1994, aunque existen numerosos pronunciamientos de la denominada jurisprudencia menor con relación al contrato de suministro. Entendemos relevante, en primer lugar, poner de relieve que los pronunciamientos citados no contienen una posición contemporánea a la presente investigación, sino una doctrina que cuenta con una antigüedad de, al menos, 20 años. En segundo lugar, hemos de detenernos en el examen del supuesto de hecho correspondiente a la STS, Sala de lo Civil, 22 noviembre 1994, que, si bien es adecuada para la valoración del silencio como medio apto para expresar la aceptación del contrato propuesto, a nuestro juicio también ilustra perfectamente la hipótesis del presente apartado. En el caso enjuiciado, nuestro Alto Tribunal estima la existencia de un suministro de mercaderías por parte de la mercantil actora a un empresario, y, en consecuencia, ratifica la condena del mismo a abonar su importe. A efectos de afirmar la existencia del contrato de compraventa, valora tanto la prueba testifical –en especial, la declaración prestada por el transportista-, como el propio albarán de entrega, la hoja de pedido, la factura, el resultado de la prueba de libros de los comerciantes e, incluso, las presunciones *hominis*, a partir de las relaciones comerciales precedentes, libramiento de letras de cambio, protesto de las mismas, requerimientos notariales de pago o devolución de las mercancías, ante lo que sólo obtuvo el silencio absoluto del requerido, que se limitó a negar dicha relación contractual en el pleito. El Tribunal Supremo considera que no es imaginable que una empresa suministradora trate de montar maquiavélicamente el envío de mercaderías a un comerciante, aunque el recurrente afirme que ese tipo de conductas están llegando a ser frecuentes en la realidad social de la España de 1991. De hecho, el tribunal reseñado afirma que si, ciertamente, existe una notable quiebra de los principios generales del derecho –el sentido de la dignidad, del honor, de la fidelidad a la palabra dada o, en visión más general, de primacía de los valores morales sobre los materiales-, ello no invalida la apreciación conjunta realizada de la prueba, ni su valoración conforme a las reglas de la sana crítica y máximas de experiencia, que, precisamente por esa triste realidad social, cobran cada día mayor importancia e impiden apoyarse en esos factores sociológicos transitorios para no aplicar la ley. En conclusión, no resulta ilógico concluir la existencia de una compraventa partiendo de la realidad de una entrega, reforzada por operaciones anteriores idénticas, hojas de pedido, albaranes, facturas, requerimientos notariales, silencio del requerido y anotaciones contables que obligan al abono del IVA.

efectividad. En este sentido, debemos recordar que, por un lado, la citada Propuesta de Modernización sólo exige el acuerdo de la voluntad de las partes como requisito indefectible para la conclusión contractual. Por otro lado, contempla explícitamente que la manifestación de voluntad –y no declaración– puede formularse de modo expreso o derivar de actos concluyentes, por lo que dicho aserto se expande tanto a la oferta como a la aceptación.

Sin embargo, no alcanza el desarrollo logrado por los PECL, y posteriormente asumido por el DFCR, en esta materia, los cuales, a través del recurso a la interpretación objetiva, permiten colegir la voluntad contractual del oferente tanto de sus declaraciones como de su comportamiento. No obstante la desavenencia expuesta, la combinación de los criterios de la exégesis objetiva y subjetiva que acoge la Propuesta de Modernización y las matizaciones que la doctrina y la jurisprudencia han introducido a la primacía de la teoría voluntarista, en caso de divergencia entre la voluntad real y la declarada, con base en la tutela de la confianza legítima del destinatario imputable al declarante, ya sea por dolo o por culpa, minimizan la distancia existente entre tales instrumentos<sup>651</sup>.

En última instancia, hemos de reconocer que no hemos ofrecido una profusión de ejemplos de ofertas tácitas con carácter indiscutible, salvo la coyuntura de la remisión de una cantidad superior a una muestra y, en el apartado anterior, el mandato, dado que, parece inevitable que ciertos datos relativos a la propuesta contractual –*v.gr.* el precio– se expresen mediante el lenguaje. Pese a esta realidad, hemos de destacar dos circunstancias que, a nuestro juicio, pueden debilitar la reprobación que se oponga a esta categoría. Por una parte, la utilización de vocablos escritos se reduce hasta el punto de que puede llegar a limitarse, únicamente, a la mención del valor del producto, en consonancia con la flexibilización del requisito de la completitud de la oferta. Por otra parte, el mero análisis de esta posibilidad a nivel doctrinal y las aportaciones contenidas en los proyectos internacionales y

---

<sup>651</sup> Debemos retrotraernos a la STS, Sala de lo Civil, 23 mayo 1935, en la que ya el Tribunal Supremo exponía que puede admitirse, como regla general, que, en caso de divergencia entre la voluntad y su declaración en los negocios jurídicos, la preferente es la voluntad real frente a la declarada. Sin embargo, nuestro Alto Tribunal matiza que “[...]la divergencia ha de ser probada por quien la afirme, ya que, si no se prueba, el derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la voluntad real” y “[...] cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe en la otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, a virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la «bona fides» y a la seguridad del comercio jurídico, que se oponen a que pueda ser tutelada la intención real cuando es viciosa, y a que pueda ser alegada la ineficacia del negocio por la parte misma que es culpable de haberla producido”. La misma doctrina se recoge en la STS, Sala de lo Civil, 5 abril 1997. Cfr. la exposición efectuada por DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos ...*”, cit., pp. 193 a 197) sobre la relación entre la voluntad y la declaración mediante la que se exterioriza, así como las diversas teorías formuladas para solventar las dificultades derivadas de dicha interrelación.



nacionales sobre el tema de nuestra investigación, reflejan la trascendencia adquirida por la conducta de los intervinientes y, en especial, del proponente<sup>652</sup>.

## **b. PRESUNTAS**

Igualmente, ciertos autores introducen una tercera especie de manifestación de voluntad, las presuntas, para hacer referencia a las situaciones en las que ley otorga valor de declaración de voluntad a una determinada conducta o actitud, como el silencio<sup>653</sup>. Se hizo eco de tal categoría nuestro Alto Tribunal, al indicar que el consentimiento puede ser expreso, tácito o presunto<sup>654</sup>, pero, aun así, su reconocimiento por parte de la doctrina dista mucho de ser pacífico. No se discute que, por obra de la ley, en ocasiones las declaraciones se presuman -lo que conlleva un desplazamiento de la carga de la prueba hacia el sujeto que niega dicha declaración-, sino que se puntualiza que, en lugar de declaraciones presuntas, lo que realmente se produce son presunciones de declaración<sup>655</sup>.

En cualquier caso, estamos de acuerdo en que, con independencia de que admitamos esta nueva categoría de declaración de voluntad<sup>656</sup> o estimemos que estamos ante presunciones legales que no ostentan esa consideración, el extremo a dilucidar con mayor relevancia consiste en determinar si tales conjeturas

---

<sup>652</sup> Por lo que concierne a la jurisprudencia, las SSTs, Sala de lo Civil, 20 abril 1944, 14 enero 1964, 16 julio 1992, 1 abril y 4 octubre 1993 y 30 junio 1994 nos emplazan a examinar la voluntad contractual común, que se extrae del espíritu y finalidad que ha presidido el negocio. A tal efecto, debemos atender a las circunstancias concurrentes, y a la total y plena conducta de los interesados, es decir, hemos de acercarnos a los actos que configuraron aquella voluntad bilateral, ya sean anteriores, coetáneos o posteriores –arts. 1281, nº 2 y 1282 del Código Civil-. En este último sentido, podemos citar las recientes SSTs, Sala de lo Civil, 8 marzo 2000, 29 abril 2008 y, en especial, 8 mayo 2012, en la que se cita, como apoyo a la valoración de los actos anteriores, los artículos 5:102, (a) de los PECL y 1.279 de la Propuesta de Modernización del Código Civil. Asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 11 diciembre 1995, matiza que también [...] el juzgador ha de atenerse a la realidad social, a las máximas de experiencia que adquiere de la misma para aplicar las reglas de la sana crítica, que no consisten en otra cosa que en la aplicación de la lógica, en donde se encuentra inserto el principio de normalidad o modo de proceder del común de las gentes ante una situación concreta y determinada, que en modo alguno puede obtenerse de una sola palabra («liquidación») para deducir de ella la existencia de un nuevo contrato”. En cuanto a la doctrina, DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos ...* cit., p. 190) señala que la declaración tácita de voluntad, que es aquella que se realiza por medio de actos concluyentes e inequívocos –*facta concludentia*-, está sujeta a la interpretación de los tribunales y éstos deben realizarla de forma objetiva. De este modo, la finalidad de la exégesis no radica en la búsqueda de una voluntad oculta bajo tales hechos, sino el sentido que semejante comportamiento tiene y la confianza que despierta en los demás.

<sup>653</sup> MENÉNDEZ MATO, “*La oferta ...*”, cit., pp. 157 y 158.

<sup>654</sup> El único pronunciamiento que hemos logrado encontrar es la STS, Sala de lo Civil, 7 julio 1990, en la que se menciona la posibilidad expuesta en el texto de nuestra investigación, si bien no profundiza en las diferencias existentes entre los tres tipos de consentimiento indicados.

<sup>655</sup> ROGEL VIDE, “*Declaraciones ...*”, cit., pp. 55 y 56.

<sup>656</sup> En este punto, hemos de señalar que el Tribunal Supremo adolece de un patente confusionismo en la utilización de los adjetivos “tácito” y “presunto” con relación al mandato. LEÓN ALONSO (op. cit., p. 1528) introduce una posibilidad cuyo debido alcance podemos valorar adecuadamente después de haber analizado la oferta tácita de mandato. El citado autor señala que puede interpretarse la alusión del artículo 1.710 del Código Civil al mandato expreso y tácito, frente a la mención de la aceptación expresa y tácita, como una referencia a supuestos de ofertas presuntas, en lugar de ofertas tácitas. En concreto, estaríamos ante hipotéticos mandatos que derivan de relaciones peculiares, como la que surge de la solidaridad, la derivada de la continua gestión doméstica, la que nace en el ámbito de la actividad regular en un establecimiento mercantil o en la administración social con carácter general y la que media entre cónyuges. De esta forma, cabría apreciar un mandato presunto entre los intervinientes, y, en última instancia, se configuraría como consecuencia de una necesidad jurídica derivada de singulares vínculos personales. Sin embargo, a pesar de afirmar la existencia de “presunciones tipificadas de una voluntad que se sabe positivamente existente”, dicho autor señala que no estarían determinados los términos de las mismas.

consagradas normativamente se configuran *iuris tantum* o *iuris et de iure*. En el segundo caso, quedaría vedada la posibilidad de demostrar la equivocación padecida por la significación deducida legalmente, y que se atribuye a una conducta concreta.

Los escasos autores que se han preocupado de este tema opinan que, normalmente, la ficción legal del alcance asignado a un comportamiento encierra una presunción *iuris tantum*, por lo que si el sujeto afectado demuestra que no tuvo la intención que se le imputa legalmente, no deberían producirse los efectos previstos para tal caso. Sin perjuicio de lo anterior, conceden la posibilidad de que, en hipótesis tasadas y excepcionales, la ley conecte ciertos actos llevados a cabo por el sujeto actuante con una voluntad determinada, y anude la producción de unas consecuencias jurídicas específicas, sin posibilidad de destruir la relación establecida a través de una labor probatoria en esa dirección<sup>657</sup>. Asimismo, se ha llegado a matizar que, en tales supuestos, nos encontraríamos más bien ante actos jurídicos con efectos «*ex lege*».

## **2. SILENCIO O INACCIÓN**

### **a. CUESTIONES GENERALES**

Como ya avanzamos, el primer párrafo del artículo 1.250 de la Propuesta de Modernización del Código Civil sienta la presunción de que el mero silencio o la inacción por parte del destinatario ante la oferta recibida no constituirán aceptación, pero no excluye tal consideración de modo absoluto<sup>658</sup>. Sin embargo, la citada Propuesta no recoge las circunstancias que deben acompañar al silencio a fin de que se configure como la respuesta idónea para lograr la perfección contractual. A pesar que, a nuestro juicio, esta omisión resulta sumamente criticable, también la padecen los instrumentos internacionales en los que se inspira<sup>659</sup>. De hecho, podemos

---

<sup>657</sup> PUIG PEÑA, “Declaración ...”, cit., pp. 283 y ss. y SOTO NIETO, F., “Estimación jurídica del silencio”, *Revista de Derecho Español y Americano*, núm. 11-2, 1966, pp. 121 y ss.

<sup>658</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., pp. 117 y 118) asegura que dos de los supuestos en que suele considerarse que el silencio puede identificarse con el asentimiento del destinatario de la oferta son, en primer lugar, cuando la propuesta contractual se realiza en interés exclusivo de éste y, en segundo lugar, cuando del contrato propuesto únicamente se deriven obligaciones para el oferente –artículo 1.333 del Código Civil italiano-. En ambos casos, se arguye que no queda cercenada la posibilidad de que el receptor de la proposición rehúse la oferta, frente a las posibilidades reales de que el silencio signifique aceptación. Sin embargo, en la primera hipótesis surgen dificultades exegéticas acerca de cuándo puede interpretarse que la propuesta contractual se formula en interés exclusivo del teórico aceptante. La citada autora menciona como ejemplos de la segunda posibilidad expuesta el mutuo sin interés, el comodato, el depósito no retribuido, la fianza o el mandato gratuito, aunque entiende que el supuesto paradigmático es la oferta de fianza unilateral. No obstante, reconoce que la jurisprudencia no apoya dicha tesis, probablemente debido a la inexistencia de una previsión normativa en nuestro ordenamiento, como se deduce de la STS, Sala de lo Civil, 23 marzo 1988. Nuestro Alto Tribunal concluyó que la mera inactividad del destinatario no constituía asentimiento, ni podía inferirse inequívocamente, si bien concurrían otras circunstancias que exceden del ámbito de nuestro estudio –cfr. GUILARTE ZAPATERO, V., *C.C.J.C.*, núm. 16, 1989, sentencia núm. 429, pp. 251 y ss. y DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Intransmisibilidad *mortis causa* de la oferta de contrato (en particular, la de fianza)”, *P.J.*, núm. 12, diciembre 1988, pp. 130 y 132-.

<sup>659</sup> Artículos 18,1) de la Convención de Viena de 1980; 2.1.6 –versiones 2004 y 2010-, en relación con el 1.8 –versiones 2004 y 2010-, según los comentarios formulados por los redactores en la versión 2004; 2:204 PECL; y II. - 4:204 DCFR.

afirmar que es una constante que se repite en casi todos los textos analizados<sup>660</sup> y, prácticamente, en todos los sistemas jurídicos de nuestro entorno<sup>661</sup>.

Históricamente, nuestra doctrina se mostró dividida entre dos alternativas radicalmente opuestas, basadas, respectivamente, en dos axiomas o brocardos latinos que gozaron de notoria popularidad: los que defendían que aquel que calla, consiente<sup>662</sup> y los que, en cambio, sostenían que quien calla, ni afirma, ni niega<sup>663</sup>. Con posterioridad, y con motivo de la evolución jurisprudencial habida<sup>664</sup>, la tendencia mayoritaria avanzó hasta llegar a valorar acertadamente que, por regla general, el silencio, entendido como inactividad del receptor, no puede identificarse con una genuina manifestación de voluntad. Ésta debe quedar circunscrita al comportamiento activo por parte del destinatario, ya se exprese mediante palabras -verbales o escritas- o signos, ya se exteriorice mediante actos<sup>665</sup>. Sin perjuicio de este principio común, se reconocen hipótesis excepcionales en las que el silencio o la inacción del destinatario alcanzan la virtualidad de una verdadera comunicación de la intención del sujeto<sup>666</sup>.

---

<sup>660</sup> En la misma línea, tanto el *Feasibility study* –artículos 33 versión mayo 2011 y 35 versión agosto 2011- como la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea –artículo 34- entienden que el silencio o la inactividad no equivalen, por sí mismos, a la aquiescencia de la proposición primigenia. Por su parte, el Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía, en su artículo 16, n° 3, es el único texto que, además de coincidir con todos los examinados en que el silencio y la pasividad no constituyen asentimiento del eventual aceptante, aborda los supuestos en que sí puede predicarse dicha equiparación: a) cuando exista un pacto de las partes en tal sentido o pueda inferirse de sus relaciones previas, de las circunstancias o de la costumbre y b) cuando del contrato proyectado sólo emanen obligaciones para el oferente, si bien el receptor podrá rehusar la oferta en el término que se derive de la naturaleza del asunto o de la costumbre, so pena de considerar aquel convenio celebrado. Sin embargo, el artículo 22, 3) del *Contract Code* (McGREGOR, op. cit., pp. 45 a 47) parte de la premisa general de que el asentimiento no puede colegirse de la ausencia de respuesta al ofrecimiento formulado por el oferente, incluso cuando éste hubiera previsto dicha contingencia, pero exceptúa dicha máxima cuando el destinatario pretenda expresar su consentimiento mediante el silencio. El otro supuesto en el que se establece un parangón entre la actitud silente o pasiva del teórico aceptante y su aprobación de la propuesta contractual descansa en la existencia de un pacto expreso de los intervinientes en tal sentido o a través del curso de las relaciones mantenidas con anterioridad.

<sup>661</sup> FERRARI (op. cit., pp. 138 y 139) afirma que la regla general, válida para la mayor parte de los ordenamientos es que el silencio no equivale a la aceptación de una oferta, y que está expresamente prevista en ciertos casos –artículos 42 de la ley yugoslava de las obligaciones y 521, n° 2 del Código Civil japonés-. Además, asegura que también en casi todos los sistemas jurídicos se admiten excepciones. La primera exclusión se refiere a los contratos en los que sólo nacen obligaciones para el proponente, y surge, en especial, en el ámbito del *Civil Law* –artículo 1.333 del Código Civil italiano, en cuyo caso la oferta deviene irrevocable en cuanto es conocida por el destinatario y éste debe rechazarla en el plazo requerido por la naturaleza del negocio o por los usos, si no desea que el contrato se entienda celebrado-. La segunda eventualidad en función de la cual la ausencia de rechazo expreso a la propuesta inicial se configura como conformidad a la misma se concreta en la existencia de un *duty to speak arising from law or usages*. En esta dirección, el citado autor señala el § 568 B.G.B. y el artículo 1.753 del Código Civil francés, que contemplan la renovación tácita del contrato de arrendamiento, aunque guarda muchas similitudes con el caso anterior. En cuanto a la órbita del *Common Law*, la exigencia de la *consideration* provoca la práctica imposibilidad de un *contract for sole benefit of the offeree*, pero sí podemos encontrar hipótesis encuadrables en la segunda categoría expuesta –§ 2-207 (2) y 2-327 (1) del *Uniform Commercial Code*-.

<sup>662</sup> Digesto 19, 2, 13, 11; Ulpiano: «*qui tacet consentire videtur*».

<sup>663</sup> Digesto 50,17, 142, Paulo: «*qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est eum non negare*».

<sup>664</sup> Vid. SSTs, Sala de lo Civil, 24 enero 1957, 16 junio 1963, 19 febrero 1992 –cfr. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M<sup>a</sup> D, AC, 1991-3, XLVIII, marginal 667- y 17 noviembre 1995.

<sup>665</sup> GONZÁLEZ GOZALO («*La formación ...*», cit., p. 697) expone que el silencio no equivale a la aceptación, salvo que la ley o los usos establezcan lo contrario, o en función de las prácticas contractuales mantenidas entre las partes, el deber de buena fe imponga la obligación de un comportamiento activo para rechazar la propuesta recibida.

<sup>666</sup> LARA AGUADO, op. cit., p. 81. Asimismo, la citada autora apunta que el tema del silencio como aceptación se plantea tanto en los países del *Civil Law*, como en el *Common Law*, a pesar de la exigencia de la *consideration*, si bien, en este segundo caso, acompañado de ciertos matices.

La finalidad que subyace a la máxima expuesta pretende, evidentemente, tutelar las legítimas expectativas del hipotético aceptante<sup>667</sup>. En nuestra opinión, es prácticamente imposible encontrar una justificación que obligue a aquél a contestar cualquier propuesta contractual que reciba, aunque no la haya solicitado, ni mostrado interés alguno, al objeto de impedir la posible conclusión de un contrato que le vincule<sup>668</sup>. Asimismo, el poder omnímodo que el oferente ostenta sobre sus propuestas no puede amparar la imposición de que el silencio del destinatario implique la aquiescencia del teórico aceptante<sup>669</sup>, por cuanto, lógicamente, carece de legitimación para compeler en tal sentido al destinatario<sup>670</sup>.

Por otro lado, unánimemente se exige la tempestividad de la aceptación para que ésta logre culminar la perfección del contrato propuesto, en función de la cual la contestación del receptor de la proposición inicial debe ser recibida por el oferente -y, en su caso, conocida-, dentro del plazo fijado en la oferta y, en su defecto, dentro de un lapso temporal razonable. En consecuencia, la ponderación del mero silencio como asentimiento del posible aceptante refutaría dicha exigencia, así como

---

<sup>667</sup> BOSCH CAPDEVILA (op. cit., p. 311) indican que “[...] En virtud de un acto jurídico unilateral como es la oferta no se puede obligar a que una persona se pronuncie para evitar que se entienda concluido un contrato. El destinatario de la oferta debe ser libre para decidir si acepta la oferta, si la rechaza expresamente, o si hace caso omiso de ella. El destinatario puede ser totalmente ajeno a la oferta, por lo que no se le puede imponer la carga de estar continuamente rechazando ofertas para evitar quedar vinculado”.

<sup>668</sup> Entendemos que, en la órbita de los consumidores y usuarios, el tema ha quedado relativamente zanjado con la prohibición de los envíos y suministros no solicitados, prevista en el artículo 66 quáter del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que sustituyó al artículo 42 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, según lo que expusimos anteriormente.

<sup>669</sup> En una posición diferente, los comentarios realizados por MCGREGOR al artículo 22, 2, b) del *Contract Code* trasladan que el citado autor considera que la regla de que no es necesaria una declaración cuando el oferente ha dispensado de ella se dirige a la protección del aceptante, lo que, a nuestro juicio y en línea con el resto de los instrumentos examinados, es difícil compartir. Además, debemos explicar que no hemos citado dicho precepto con anterioridad, dado que no inferíamos de su tenor literal que contemplara un supuesto de aceptación mediante el silencio (“*Aunque el asentimiento no sea expreso, podrá inferirse: b) si el destinatario de la oferta obtiene un provecho de una conducta ofrecida que tuvo oportunidad razonable de rechazar*”). Sin embargo, de acuerdo con la paráfrasis de esta norma, nos encontramos con una nueva hipótesis de conducta silente que se equipara a la aquiescencia del destinatario de la propuesta contractual, y, además, se indica que esta variante apunta a la protección del oferente. De este modo, si una persona calla maliciosamente y permite que otra persona realice un servicio con el convencimiento de que va a ver remunerado el mismo, se debe entender que existe un convenio entre los intervinientes, según el cual el primero recibirá una contraprestación razonable. En nuestra opinión, este supuesto encajaría perfectamente en la discutida categoría de *oferta tácita*. El otro caso que expone MCGREGOR se concreta en un envío no solicitado –por ejemplo, de un adorno con la oferta de venderlo por diez libras, y no se responde pero se hace con él un regalo de cumpleaños-, y el autor mencionado considera que debe afirmarse que existe un acuerdo de venta. No obstante, se explica que la opinión expuesta puede sufrir un cambio como consecuencia de la *Unsolicited Goods and Services Act 1971*, si los bienes suministrados encajan en el concepto de “no solicitados” que señala dicha ley, antecedente de la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997.

<sup>670</sup> DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos...*”, cit., p. 377) alude también al principio de la buena fe como justificación de las conclusiones expuestas en el texto del presente trabajo. Por otra parte, en función de la interpretación que realizamos del artículo 22, 3) del *Contract Code*, MCGREGOR admite la posibilidad de que el oferente dispense de declaración al receptor a fin de mostrar su aquiescencia en la medida en que dicha previsión resulta vinculante para el proponente, por cuanto, como iniciador de las negociaciones, escoge el método para desarrollarlas. Sin embargo, considera que el teórico aceptante sólo quedará obligado excepcionalmente, para evitar que el poco escrupuloso pueda imponer contratos a personas poco dispuestas a hacerlo.

también devendría superflua la regulación de los supuestos admitidos como aceptaciones tardías, que examinaremos posteriormente<sup>671</sup>.

En cuanto a la calificación del silencio como expresión de la intención del teórico aceptante con relación a la propuesta contractual recibida –o conocida–, la jurisprudencia valora mayoritariamente dicha conducta como una declaración de voluntad<sup>672</sup>, aun cuando los razonamientos contenidos en los diversos pronunciamientos analizados aluden a un comportamiento inactivo por parte del destinatario de la oferta –y, en alguna ocasión, utiliza el vocablo manifestación y acto<sup>673</sup>–. Asimismo, la tendencia generalizada equipara la actitud silente del receptor de la proposición primigenia con una muestra del consentimiento tácito, en contraposición a la demostración expresa del asentimiento. Por consiguiente, si bien nos encontramos ante un proceder omisivo, se colige que nuestro Alto Tribunal no le atribuye entidad independiente, sino que encuadra el silencio en la categoría conformada por las declaraciones de voluntad exteriorizadas a través de la actuación de dicho interviniente<sup>674</sup>, frente a las comunicadas mediante el lenguaje, escrito, verbal o gestual.

## **b. CLASES DE SILENCIO**

Por lo que concierne a las hipótesis excepcionales en las que cabe atribuir al silencio o a la inacción el valor de aceptación, la jurisprudencia ha acuñado dos clasificaciones, que son respetadas mayoritariamente por la doctrina. Por un lado, se hace referencia al *silencio simple o absoluto*, en cuyo caso la eficacia del mutismo del receptor de la oferta viene atribuida expresamente por la ley o por la voluntad de las partes<sup>675</sup>, de forma que su reconocimiento es difícilmente cuestionable. De

---

<sup>671</sup> CARRASCO PERERA (op. cit., pp. 76 y 77) estima correcta la solución jurisprudencial por la que se valora el silencio como aceptación, en lugar de considerar que la parte que calla ha incumplido un deber negocial o legal de manifestarse. El autor mencionado considera que el canon de la buena fe previsto en el artículo 7 del Código Civil justifica la configuración de la relación propuesta como contractual, siempre que no origine graves costes de integración ni genere incentivos para el incumplimiento futuro, frente a limitar dicho principio a una mera función de sostenimiento de una pretensión de responsabilidad que devendría en una indemnización de los daños causados por culpa *in contrahendo*. Asimismo, al entender que la equivalencia del silencio a la aceptación deviene como fruto de las exigencias de la buena fe, nada impide que dicha equiparación se extienda a supuestos sin expresa aprobación legal. En función de las circunstancias del caso, el silencio del oferente deberá interpretarse como aquiescencia del mismo, aunque no se recoja específicamente en la Convención de Viena de 1980, ya que es conforme a la buena fe atribuirle dicha declaración negocial, y no porque haya que deducir un consentimiento tácito.

<sup>672</sup> Vid. las SSTs, Sala de lo Civil, 28 febrero y 11 octubre 1990 y 19 octubre 2006.

<sup>673</sup> La STS, Sala de lo Civil, 30 junio 1995, y en las que se apoya -16 abril 1985, 6 diciembre 1986 y 6 octubre 1988–, aluden a la pasividad y al silencio como actos consentidores.

<sup>674</sup> Vid. STS, Sala de lo Civil, 21 febrero 2008, en la que se considera el silencio como una declaración jurídico negocial y se engloba dentro de las declaraciones mediatas, indirectas o por hechos concluyentes, al entender que pueden consistir en “[...] en manifestaciones o declaraciones que no expresan de modo inmediato una determinada voluntad de producir el efecto jurídico que se le atribuye, o en meros “actos reales”, o bien de una situación, única, de “no hacer”, es decir, una forma de omisión consistente en la postura totalmente pasiva de callar”. Además, la Sentencia mencionada contiene una brillante disertación sobre la jurisprudencia en torno al efecto del silencio como manifestación de tácito consentimiento y una clarividente aplicación al caso examinado.

<sup>675</sup> MENÉNDEZ MATO (“La oferta ...”, cit., p. 160) señala que, en los casos en que el silencio tenga relevancia jurídica puede representar una declaración presunta de voluntad -la ley asigna al silencio absoluto un determinado significado–, una

hecho, algunos autores no utilizan la nomenclatura expuesta y, sin perjuicio de ello, coinciden en asegurar el valor del silencio como una declaración de voluntad contractual de aceptación cuando así lo establezca la ley, los usos, o un previo pacto entre las partes, en cuyo caso entienden que estaríamos ante una declaración expresa<sup>676</sup>. Por otro lado, el *silencio cualificado o circunstanciado* englobaría aquellos supuestos en que el significado que se puede atribuir a la ausencia de respuesta por el destinatario se infiere tanto de las circunstancias objetivas o subjetivas del contexto en que éste se produce como de una relación jurídica preexistente entre las partes, que constriñen al destinatario a pronunciarse ante la proposición recibida<sup>677</sup>.

En consecuencia, en esta última distinción será imprescindible llevar a cabo una tarea de observación de la coyuntura existente para colegir si el silencio ha de ser o no identificado como aceptación<sup>678</sup>. Debemos tener presente que el comportamiento negativo podrá valorarse como vehículo adecuado para transmitir la intención del silente, aunque la persona que calla no sea consciente de realizar una manifestación de voluntad que desplegará sus efectos en el plano contractual<sup>679</sup>. Como consecuencia de esta premisa, la jurisprudencia ha acudido a la figura de la aceptación por negligencia, al entender que la conducta omisiva del interviniente puede interpretarse como la aquiescencia del mismo prestada sin verdadera consciencia de su alcance. No obstante, se estima que debe atribuírsele el efecto jurídico de la aceptación<sup>680</sup>. A nuestro juicio, no es oportuno recurrir a esa creación

---

declaración tácita de voluntad -supuestos del denominado silencio cualificado- o una declaración expresa de voluntad -las partes dotan al silencio absoluto de una significación determinada-. Por su parte, CUADRADO PÉREZ ("*Oferta, aceptación, ...*", cit., p. 231) también considera que nos encontramos ante una declaración expresa de voluntad cuando las partes dotan al silencio del valor de aceptación, aunque reflexiona sobre la posibilidad de que pudiera resultar más apropiado utilizar la expresión acuñada por DE CASTRO de *conducta expresiva o negocial*, con el fin de evitar imprecisiones terminológicas.

<sup>676</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 115) también asume la significación del silencio como aceptación de la oferta propuesta cuando pueda deducirse de las circunstancias de acuerdo con la buena fe, tal y como ha reconocido nuestra jurisprudencia desde la conocida Sentencia del 24 de noviembre de 1943. En este supuesto, la citada autora, además de referirse a las exigencias jurisprudenciales, realiza una asimilación entre el silencio y el consentimiento tácito. Por último, acaba su disertación sobre este aspecto con la indicación de que los elementos que siempre hemos de valorar al examinar el papel del silencio como exteriorización de la voluntad contractual son el juego de la *buena fe* y la *protección de la confianza*, junto con el *principio de la autorresponsabilidad*. En este sentido, podemos citar las STS, Sala de lo Civil, 24 mayo 1975, 13 febrero 1978, 30 octubre 1980, 18 octubre 1982 y 23 septiembre 1986.

<sup>677</sup> Resulta paradigmática la STS, Sala de lo Civil, 24 enero 1957, en la que se establece y desarrolla la clasificación expuesta. Asimismo, podemos citar las SSTS, Sala de lo Civil, 24 noviembre 1943, 29 enero 1965, 19 diciembre 1990 y 28 junio 1993, como ejemplos en los que la jurisprudencia española asigna al silencio el valor de aceptación cuando de las circunstancias se desprenda que el destinatario debía haber expresado su opinión contraria.

<sup>678</sup> La STS, Sala de lo Civil, 16 abril 1985, explica que la vía de la presunción es la más apropiada para reconocer y valorar el consentimiento inferido del silencio.

<sup>679</sup> En esta línea, CARRASCO PERERA, op. cit, p. 77.

<sup>680</sup> La STS, Sala de lo Civil, 7 diciembre 1989, lleva a cabo una identificación de la conducta del recurrente con una declaración negligente que, de acuerdo a la doctrina científica, se produce en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico equipara a una declaración de voluntad una conducta por la que se despierta descuidada o negligentemente la apariencia de una declaración de voluntad que consta de forma indubitada. En el caso enjuiciado, nuestro Alto Tribunal entiende que hubo una aceptación tácita, consciente y libre de unas condiciones que en el contrato se indicaba que se estamparían al dorso, pero que no se llegaron a plasmar, "[...] lo que ineludiblemente dio lugar a la existencia del contrato que ahora no puede dejar de cumplir, salvo dejar a su arbitrio tal cumplimiento, y en cierto modo actuar contra sus propios actos; cuando se manifestó una voluntad generadora del negocio jurídico, no explícita ni directa, pero sí reveladora por actos inequívocos durante largo tiempo, sin que quepa atribuirles otro significado que la eficacia «ab initio» del contrato. Hubo, en definitiva,

jurisprudencial, por cuanto el principio de la buena fe y la máxima de la autorresponsabilidad negocial conducen al mismo desenlace<sup>681</sup>.

Por consiguiente, inevitablemente, surgen divergencias doctrinales, en la medida en que se defienda una postura más restrictiva o flexible. Por este motivo, la mayoría de la doctrina entiende que, razonablemente, no puede propugnarse una solución única que extienda su cobertura a todos los casos, ni se pueden catalogar *a priori* los pormenores que permiten conferir al silencio el efecto jurídico propio de la aceptación. En estos casos, los tribunales deberán examinar cada caso y las peculiaridades concurrentes<sup>682</sup>.

Como avanzamos, la mayor parte de los autores, al igual que la inmensa mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales recaídos en esta materia, hacen derivar de la existencia de una previa relación, normalmente contractual, entre los futuros contratantes, un deber de comunicación que, en aras de la tutela del *principio de la buena fe*, compele al destinatario a pronunciarse y, en este caso, a rechazar la oferta<sup>683</sup>. Además, también se apunta la valoración de las prácticas establecidas

---

por parte del recurrente un silencio cualificado, que unido a hechos positivos procedentes de un lugar a tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad”.

<sup>681</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (C.C.J.C., núm. 22, 1990, sentencia núm. 574) entiende que -opinión que compartimos- no hubo negligencia, sino una conducta positiva de silencio durante diez años, al no requerir información sobre los términos contractuales que se aceptaron, pero que no constaban expresamente reflejados en el contrato celebrado. Además, y a nuestro modo de ver, podría discutirse la validez de una cláusula en la que se contenga la aprobación de unas estipulaciones cuyo contenido se desconozca, aunque la contratación se realice en el marco de unas relaciones entre particulares y, por tanto, resulte cuestionable la invocación de la normativa sobre consumidores y usuarios.

<sup>682</sup> La STS, Sala de lo Civil, 31 enero 2008, dilucida en el Fundamento de Derecho Tercero si fue o no ajustado a derecho el valor o alcance jurídico que el tribunal de instancia atribuyó al silencio de la aseguradora, y concluye que la actitud de ésta ante la comunicación del asegurado no puede valorarse como una aceptación tácita al contenido de dicha misiva. En apoyo del corolario expuesto, desarrolla una completa síntesis de su postura: “[...] la jurisprudencia ha reiterado (Sentencias de 20 de julio de 2006 y 10 de junio de 2005, entre muchas otras), que «los hechos determinantes de la apreciación del consentimiento han de ser inequívocos -"facta concludentia"-, es decir, que con toda evidencia los signifiquen -S. 7 junio 1986-, sin posibilidad de dudosas interpretaciones -SS. 5 julio 1960, 14 junio 1963, 13 febrero 1978-», lo cual implica a su vez, que también sea un criterio consolidado en la doctrina a la hora de valorar el silencio como consentimiento tácito que «generalmente el mero conocimiento no implica conformidad, ni basta el mero silencio para entender que se produjo la aquiescencia (pese a la máxima "tacite consensu convenire intelligitur", Paulo, Libro II, Tit. XIV, 2 Digesto; S. 13 febrero 1978)...» pues aunque «...el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido la oportunidad de hablar, es decir, que no se esté imposibilitado para contradecir la propuesta del oferente, por impedimento físico o por no haber tenido noticia del mismo (SS. 4 marzo 1972, 13 febrero 1978), y se deba hablar (conforme al principio general del Derecho "tacens consentit, si contradicendo impedire poterat": S. 13 febrero 1978; "qui siluit cum loqui et debuit et potuit, consentire videtur": SS. 24 noviembre 1943, 24 enero 1957, 14 junio 1963), existiendo tal deber de hablar cuando haya entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan (SS. 14 junio 1963, 13 febrero 1978, 18 octubre 1982, 17 noviembre 1995), o cuando lo natural y normal, según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe, es que se exprese el disenso, si no se deseaba aprobar la propuesta de la contraparte (SS. 23 noviembre 1943, 13 febrero 1978, 18 octubre 1982, 18 marzo y 22 noviembre 1994, 30 junio y 17 noviembre 1995, 29 febrero 2000, 9 junio 2004)»”. Como resultado de la aplicación de la doctrina expuesta al supuesto concreto, indica que “No estamos en el caso enjuiciado ante tal tesitura, habida cuenta que las relaciones negociales existentes entre las partes y las circunstancias concurrentes, coetáneas y posteriores, expuestas con amplitud en la sentencia de instancia, que devienen incólumes y vinculantes para este Tribunal, "ad omnen eventum", ni obligaban a la aseguradora a responder, ni ligaban su silencio a la intención clara e inequívoca de desentenderse del deber de asumir la defensa del asegurado en los juicios promovidos contra él”.

<sup>683</sup> La STS, Sala de lo Civil, 26 febrero 1994 establece que “El silencio para tener operatividad obligacional ha de ser considerado en cada supuesto particular, en atención a las circunstancias concurrentes y en todo caso en conexión con la necesidad de haber mediado entre las partes anteriores y continuadas relaciones negociales, que por sí imponen ciertos comportamientos en exigencia de la buena fe”. En la misma línea, la STS, Sala de lo Civil, 17 noviembre 1995 señala que “[...] dada una determinada relación entre personas, cuando el modo corriente y usual de proceder implica el deber de hablar, si el que debe y puede hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe”.

entre las partes, así como de los usos observados en el sector del tráfico en cuestión, para evaluar si cabe apreciar la actitud silente e inactiva del receptor de la propuesta primigenia como silencio cualificado<sup>684</sup>.

Asimismo, se puede afirmar la unanimidad de todos los autores y la jurisprudencia a la hora de exigir la concurrencia inexcusable de dos elementos a efectos de que el silencio alcance la consideración de una aceptación. El primero de ellos se denomina *subjetivo*, ya que alude a la necesidad de que el destinatario conozca la oferta y tenga la posibilidad real de expresar su voluntad. Por contraposición, el segundo requisito se califica como *objetivo*, dado que supone que sobre el destinatario recae el deber de contestar la oferta, lo que, a su vez, nos conduce nuevamente a una labor exegética.

Para una mayor precisión, observamos que nuestro Alto Tribunal afirma que el silencio no puede equipararse automáticamente a una declaración de voluntad, pero puede equivaler al asentimiento cuando el que calla tiene la obligación de contestar o cuando sea procedente que se exprese la disconformidad si no se quiere aceptar la comunicación del proponente, “[...] presentándose la contestación como comportamiento justo y honrado, en la misma medida que el silencio, como contrario a la buena fe y lealtad negocial, puede ser estimado en sentido positivo en unión del conjunto probatorio obrante en autos” -STS, Sala de lo Civil, 22 noviembre 1994-. Además, el Tribunal Supremo aclara que “[...] aunque es cierto que, generalmente, el mero conocimiento no implica conformidad, ni basta el mero silencio para entender que se produjo la aquiescencia (pese a la máxima *tacite consensu convenire intelligitur*, Paulo, Libro II, Tít. XIV, 2, Digesto; S. 13 febrero 1978), sin embargo el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido la oportunidad de hablar, es decir, que no se esté imposibilitado para contradecir la propuesta del oferente, por impedimento físico o por no haber tenido noticia del mismo (SS. 4 marzo 1972, 13 febrero 1978)”<sup>685</sup>.

En cuanto al análisis del segundo de los requisitos exigidos para la atribución de la eficacia de la aceptación al silencio, se requiere que “[...] se deba hablar

---

<sup>684</sup> LARA AGUADO (op. cit., p. 83) señala que “[...] los principios de buena fe, seguridad y confianza jugarán más o menos, dependiendo del sistema jurídico en el que se desenvuelva el negocio. Así se desprende claramente del art. 18.1 CV, del art. 2.6 de los PU, del art. 4:204 del MCR y del art. 2:204 PECL, que al hacer referencia a que el silencio por sí solo no constituye aceptación, permiten entender, a *sensu contrario*, que hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, ya que éstas pueden conducir a atribuir al silencio valor de declaración de voluntad positiva o negativa. Lo que sucede es que, al no precisar cuáles son tales circunstancias, se desplaza la responsabilidad al intérprete. Y es que no es factible una enumeración detallada de todos los factores que pueden condicionar el valor del silencio, pues es imposible preverlos todos. (...) Igualmente, cuando entre las partes ha habido unas negociaciones previas y una de ellas formula una oferta definitiva a la otra, se genera un deber de responder, entendiéndose, en caso contrario, que hay aceptación. No obstante, parece que en el *common law* no basta que el silencio suscite en la otra parte la confianza o *reliance* de que el contrato ha sido aceptado, sino que se requiere también que, como consecuencia de esa confianza, la otra parte haya comenzado a realizar actos de ejecución del contrato (...)”.

<sup>685</sup> Vid. la STS, Sala de lo Civil, 10 junio 2005 y, en parecidos términos, 21 marzo 2003.



(conforme al principio general del Derecho *tacet consentit, si contradicendo impedire poterat qui siluit cum loqui et debuit et potuit, consentire videtur*), existiendo tal deber de hablar cuando haya entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan (SS. 14 junio 1963, 13 febrero 1978, 18 octubre 1982, 17 noviembre 1995, o cuando lo natural y normal, según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe, es que se exprese el disenso, si no se deseaba aprobar la propuesta de la contraparte”<sup>686</sup>.

En el caso del silencio simple o absoluto, la imposición de una respuesta por parte del eventual aceptante se desprende directamente de la ley o de la voluntad de las partes, por lo que su detección no reviste especial complejidad. En cambio, la propia esencia del silencio cualificado o circunstanciado no permite prever taxativamente la existencia de semejante deber. Frente a dicha contingencia, se deberá ponderar caso por caso si el contexto justifica la afirmación del compromiso de facilitar una respuesta a cargo del aceptante, en la medida en que la conducta normal y natural de éste fuera rehusar la oferta<sup>687</sup>.

Por lo que concierne a las hipótesis previstas en nuestro ordenamiento jurídico en las que el comportamiento inactivo del destinatario se equipara a la conformidad del mismo, podemos citar los artículos 1.566 del Código Civil y 24, nº 2 de la Ley sobre Contrato de Agencia, en los que el silencio se produce en el marco de una relación contractual previa y con posibilidad de ampliar su duración en el tiempo<sup>688</sup>; el artículo 1.702 del Código Civil, en cuanto a la prórroga de la sociedad civil constituida por tiempo determinado, aunque el artículo 223 del Código de

---

<sup>686</sup> Además de la STS, Sala de lo Civil, 10 junio 2005, podemos citar la STS, Sala de lo Civil, 9 junio 2004, en la que se explica que “La actuación del inquilino, consistente en la puesta en conocimiento de la arrendadora de su voluntad de cesar en la ocupación del piso que ocupaba, acompañada de la entrega de llaves, es una manifestación de voluntad que, al efectuarse en el contexto de una relación contractual preexistente, requería una respuesta –en uno u otro sentido– de la otra parte. En efecto, según conocida doctrina de esta Sala, el silencio de uno de los contratantes adquiere una especial relevancia, cuando ante una declaración del otro interesado el modo corriente y usual de proceder implica el deber de hablar. En tales supuestos, si el que debe y puede hablar, calla, ha de reputarse que consiente, en aras de la buena fe (sentencias de esta Sala de 24 de enero de 1957, 14 de julio de 1963 y 17 de noviembre de 1995, además de las citadas por el recurrente)”.

<sup>687</sup> La STS, Sala de lo Civil, 24 abril 2012, señala que “En nuestro sistema el silencio puede tener significación jurídica -al valor del silencio se refieren la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en enero de 2009 en los artículos 1250 y 1289, y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos en los artículos 2:204 y 4:107-, afirmando la sentencia 772/2009, de 7 diciembre, con cita de otras muchas, que el silencio tiene significación jurídica de consentimiento o conformidad “cuando se puede y se debe hablar (“qui siluit qum loqui et debuit et potuit consentire videtur” (...)) y se debe responder cuando entre las partes existe una relación de negocios (...), y lo mismo cuando es lo normal y natural según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe (...). En tales casos, con la comunicación de la discrepancia se evita que la otra parte se pueda formar una convicción equivocada derivada del silencio con daño para su patrimonio -STS, Civil sección 1 del 21 de Octubre del 2011”.

<sup>688</sup> Estamos ante el supuesto paradigmático de la tácita reconducción en el caso de arrendamientos urbanos, según el cual la permanencia del arrendatario en el disfrute de la cosa arrendada durante quince días con aquiescencia del arrendador, se concibe como asentimiento de éste a la extensión del contrato durante el plazo establecido legalmente. Por lo que se refiere a la agencia, se prevé la transformación en contrato de duración indefinida a aquellos convenios pactados por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto.

Comercio establece la solución opuesta para las compañías mercantiles<sup>689</sup>; el artículo 1.592 del Código Civil, relativo a la recepción de una obra<sup>690</sup>; y, por último, algún autor cita el artículo 1.710 del Código Civil, que ya hemos analizado en el apartado dedicado a las controvertidas ofertas tácitas, aunque, en ausencia de explicación, la única referencia contenida en el precepto en el que cabría encuadrar al silencio es la relativa al consentimiento tácito<sup>691</sup>.

Asimismo, también se contemplan supuestos en los que, por el contrario, la conducta inactiva se considera rechazo de la propuesta conocida, o recibida. En este sentido, cabe mencionar el artículo 66 quáter del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -cuyo antecesor es el artículo 42 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista-, en cuanto a los envíos y suministros no solicitados remitidos por el empresario al consumidor, y nos remitimos a las explicaciones ofrecidas anteriormente. Igualmente, el artículo 248 del Código de Comercio establece la necesidad de que el comisionista comunique al comitente que rehúsa el encargo por el medio más rápido posible<sup>692</sup>.

El último punto sobre el que debemos reflexionar es el relativo al instante en que se produce la perfección del contrato, cuando el destinatario no emite una contestación explícita y adopta una actitud pasiva. Lógicamente, no podemos apelar al criterio mayoritario de la recepción para concretar dicho momento, porque un comportamiento inactivo no es susceptible de envío ni de entrega. Tampoco cabe esperar la remisión de una notificación, como en el caso de la aceptación a través de la ejecución de actos, mediante la que el destinatario transmite su aceptación al oferente, ni que la propia conducta del destinatario supla esa comunicación, *v.gr.* entrega de las mercancías o pago del precio.

---

<sup>689</sup> El Código Civil contempla que la prórroga de la sociedad civil se produzca por consentimiento de todos los socios, que puede manifestarse de forma expresa o tácita y, aunque no menciona específicamente el silencio, podemos inferir que el beneplácito a la continuidad de la sociedad se produzca por el silencio de los socios, siempre que vaya acompañado de la persistencia de la actividad societaria. Por el contrario, la legislación mercantil opta por no mantener la vinculación de los asociados, y establece claramente que no cabrá alargar la vigencia de la compañía como consecuencia de la voluntad tácita o presunta de los partícipes –ya aludimos a la confusión existente entre tácito y presunto-. De hecho, se requiere la celebración de un nuevo convenio y el cumplimiento de todas las formalidades exigidas para su constitución –escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil-. Entendemos que la diferencia obedece precisamente a la exigencia del cumplimiento de los requisitos señalados, que ofrecen la debida publicidad en aras de la protección de los terceros.

<sup>690</sup> CARRASCO PERERA (op. cit., p. 81) entiende que la conclusión extraída de este último caso se puede extender a todas aquellas situaciones en las que, durante la vigencia de un vínculo obligatorio preexistente, las partes proceden a ejecutar las prestaciones que les incumben respectivamente. De esta forma, y por regla general, el silencio de cualquiera de los intervinientes ante los actos de cumplimiento de la contraparte equivale a su aprobación. Además, también cabría predicar el mismo efecto al mutismo del beneficiario de un derecho de revocación una vez transcorre el plazo legal concedido para su ejercicio.

<sup>691</sup> GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., p. 115.

<sup>692</sup> En caso de omisión de dicha contestación, se entiende que se rechaza la comisión y, además, se genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que sobrevengan al comitente. Resulta razonable la previsión legal, por cuanto no deducimos ninguna ventaja práctica para el principal en el supuesto de la imposición de un contrato al comisionista, salvo el alcance de la posible reparación, pero entendemos que es una diferencia en un plano teórico. Además, el artículo 249 contempla la aceptación del comisionista mediante la ejecución de alguna gestión, siempre que no se limite a la conservación y custodia de los efectos que el comitente le haya remitido.

Por esta razón, la doctrina entiende, a nuestro juicio acertadamente, que el contrato se perfecciona cuando transcurra el lapso temporal determinado por la ley o las partes<sup>693</sup>, y, en su defecto, aquél que se entienda razonable<sup>694</sup>, y el destinatario no haya expresado respuesta alguna<sup>695</sup>. Por su parte, la Propuesta de Modernización del Código Civil no ofrece solución alguna a esta cuestión, lo que debemos criticar por cuanto se trata de un extremo de suma importancia, y profusamente analizado por la doctrina. Sin embargo, hemos de poner de relieve que el examen de los instrumentos internacionales en que se inspira nos demuestra que tampoco contemplan esta tesitura, por lo que nos vemos abocados a ampliar nuestra reprobación igualmente a sus precursores<sup>696</sup>. Por consiguiente, tendremos que acudir a los criterios que señalen los tribunales, remedio que, inevitablemente, tiñe esta materia de inseguridad jurídica.

### **3. COMIENZO DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO POR EL ACEPTANTE**

Esta hipótesis excepcional de la aceptación se recoge en el último párrafo del precepto analizado en este epígrafe, que hay que diferenciar claramente de los casos en que la respuesta del destinatario se lleva a cabo a través de la realización de actos concluyentes, a pesar de la aparente similitud que, en un principio, pueden ofrecer. Las diferencias se plasman en dos extremos. Por un lado, las premisas que la Propuesta de Modernización del Código Civil señala para conferir a tal conducta la consideración de aceptación y, por tanto, susceptible de perfeccionar el contrato de que se trate. Por otro lado, la eliminación de una característica que se ha venido configurando como esencial en aquellas ocasiones en que el receptor de la propuesta primitiva expresa su aquiescencia mediante su comportamiento<sup>697</sup>.

---

<sup>693</sup> MENÉNDEZ MATO (“*La oferta ...*”, cit., p. 255) afirma la libertad de las partes para consensuar el momento de nacimiento del contrato, que podría concretarse en un pacto recogido en un acuerdo instrumental dirigido a la celebración de otro posterior y definitivo, y, para ello, se apoya en el artículo 1.255 del actual Código Civil.

<sup>694</sup> Mediante la aplicación analógica del artículo 1.250, nº 3 de la Propuesta de Modernización del Código Civil, que se refiere a la tempestividad de la aceptación, la razonabilidad se puede derivar de las circunstancias de la negociación y de las características de los medios de comunicación empleados por el oferente.

<sup>695</sup> CUADRADO PÉREZ, “*Oferta, aceptación, ...*”, cit., pp. 239 y 240.

<sup>696</sup> Además de compartir nuestros reproches dirigidos a la Propuesta de Modernización, CUADRADO PÉREZ (“*La formación ...*”, cit., pp. 257 y 258) señala que nuestro legislador debería atender a otros proyectos de reforma, como el Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía, que consagra el artículo 16, nº 3 a regular las hipótesis en las que el silencio puede alcanzar valor como aceptación. Sin perjuicio de lo anterior, entiende que la hipótesis prevista en el apartado b) del citado precepto es muy controvertida, ya que equipara el asentimiento al asentimiento cuando la oferta tienda a celebrar un contrato del que se deriven obligaciones únicamente para su autor. En tal caso, se fuerza a quien no quiera recibir gratuitamente una determinada prestación, con independencia del motivo, a expresar su rechazo a la propuesta contractual.

<sup>697</sup> Sin embargo, ello no afecta a su consideración como manifestación tácita de la voluntad del hipotético aceptante, dado que nos encontramos ante la expresión del asentimiento por parte del destinatario de la oferta a través de actos y no mediante una declaración comunicada a través del empleo del lenguaje, verbal, escrito o mímico. En cambio, GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 120) entiende que, en el supuesto de que el inicio del cumplimiento obedezca a la petición del proponente, debiera calificarse como declaración expresa de voluntad contractual a través de un comportamiento. Por el contrario, para la citada autora el comienzo de la ejecución de su prestación por parte del receptor de la propuesta ha de valorarse como una declaración contractual de carácter tácito si la equiparación de tal conducta a la aceptación deriva de la naturaleza del negocio –mandato, según el art. 1.170, nº 3 del Código Civil– o de los usos.

En primer lugar, se constituye como requisito *sine qua non* para que los actos del eventual aceptante que impliquen el inicio de la consumación del acuerdo contractual puedan identificarse con el asentimiento necesario para su perfección que así se prevea en la oferta, o en las prácticas establecidas entre las partes o en los usos negociales. Por tanto, la voluntad del oferente, los hábitos sostenidos por los futuros contratantes o las costumbres seguidas en el sector del tráfico en el que se incardine el contrato deben reconocer tal conducta como un medio para emitir la aceptación, de modo que no parece necesaria labor de interpretación alguna, por cuanto se le atribuye un nítido significado.

En segundo lugar, esta expresión de la voluntad del destinatario no reviste naturaleza recepticia, en contraposición a las demás respuestas que puede formular, ya las comunique a través de palabras o mediante actos<sup>698</sup>. Por tanto, como anticipamos, no podemos invocar el *principio de llegada*, al que se ha elevado a la categoría de axioma general para determinar la efectividad de las declaraciones emitidas en la fase de formación del contrato<sup>699</sup>. En esta modalidad, la aceptación - y, por tanto, también el contrato-, se perfecciona cuando se inicia la ejecución de éste, momento que se equipara a la emisión de dicha manifestación de voluntad<sup>700</sup>.

Nuestra doctrina también reconoce que la aceptación del destinatario se puede exteriorizar mediante el inicio del cumplimiento del contrato y sin necesidad de comunicárselo al oferente, y ha venido reclamando las mismas condiciones que la Propuesta de Modernización del Código Civil, es decir, que dicho significado le venga atribuido en la propuesta contractual, pactado por las partes o impuesto por los usos<sup>701</sup>. Sin embargo, mayoritariamente la doctrina considera que el aceptante ha de notificar al oferente el inicio de la ejecución contractual y, por tanto, la aceptación ya emitida, pese a que reconoce que la perfección del contrato se alcanza en el instante en que el destinatario de la oferta comienza su ejecución. Asimismo, dicha comunicación habrá de remitirse -y, en su caso, ser conocida-, tempestivamente, es decir, durante el plazo de vigencia de la oferta.

---

<sup>698</sup> MARTÍNEZ GALLEGO (op. cit., p. 78) y CUADRADO PÉREZ ("*Oferta, aceptación, ...*", cit., pp. 212 y 213) nos recuerdan que las aceptaciones tácitas no pierden su carácter recepticio.

<sup>699</sup> ALBALADEJO GARCÍA ("*Derecho ...*", cit., pp. 404 y 405) alude a la perfección de la aceptación sin conocimiento -del oferente- y afirma que la perfección de dicha declaración se produce al llegar a conocimiento (real o debido) del oferente, pero señala que el oferente o ambas partes pueden establecer, expresa o tácitamente, que baste la respuesta del destinatario (exteriorizada de cualquier manera o en una forma determinada) para la conclusión del contrato.

<sup>700</sup> CUADRADO PÉREZ ("*Oferta, aceptación, ...*", cit., p. 216) concluye que, si no se respetan los requisitos previstos para este supuesto especial, el comienzo de la ejecución podrá valer como aceptación tácita, por lo que, al igual que las demás declaraciones recepticias, se perfeccionará conforme al criterio general de la recepción o llegada. En este caso, se traduce en el conocimiento del inicio de tal ejecución por el oferente, o la posibilidad de conocerla por haber llegado su noticia al círculo o ámbito de intereses del oferente.

<sup>701</sup> MARTÍNEZ GALLEGO (op. cit., p. 78) lo condiciona al requerimiento del oferente, a la naturaleza del negocio o a los usos, según la STS, Sala de lo Civil, 13 abril 1982 -que se remite a la STS, Sala de lo Civil, 17 septiembre 1954-, y entiende que responde tanto a las exigencias del tráfico moderno tras la revolución industrial como a la organización de las ventas en masa.

No obstante la exigencia descrita, la eficacia de dicha notificación no se traslada al momento de la perfección contractual, dado que ésta ya se ha logrado, sino al ámbito de la responsabilidad del potencial aceptante. Por consiguiente, no se verá afectada en modo alguno la conclusión del acuerdo alcanzado por las partes en el caso de que el destinatario no remita tal comunicación al oferente, sino que deberá responder de los daños y perjuicios que el proponente haya podido sufrir a causa de su desconocimiento sobre la culminación del contrato<sup>702</sup>.

Esta discrepancia con relación a la Propuesta de Modernización del Código Civil descansa, según razonan algunos autores, en la protección de la posición del oferente, frente al favorecimiento de la contratación que implica este supuesto excepcional de aceptación. No se considera admisible que el oferente ignore el compromiso contractual que adquiere a consecuencia de la aceptación formulada por el receptor de su propuesta hasta que, prácticamente, quede ejecutado el contrato, *ad. ex.* la recepción de las mercancías o el pago del precio. En tal caso, el proponente podría entender que su proposición ha caducado y, por tanto, que no ha quedado vinculado a causa de la oferta formulada<sup>703</sup>.

Sin embargo, en nuestra opinión, no se justifica debidamente que el potencial aceptante se encuentre obligado a comunicar el principio de la ejecución en esta hipótesis, ya que, necesariamente, dicha conducta está admitida *ab initio* como vehículo para expresar la aceptación. Tanto si es el propio oferente el que ha dispuesto en su propuesta la equiparación de la aceptación con el inicio de la ejecución como si puede derivarse dicha equivalencia de la experiencia anterior de las partes, no puede argumentarse sorpresa ni deslealtad ante la eventualidad de que el destinatario de la oferta opte por su aquiescencia mediante una acción que se identifique con el cumplimiento de su prestación o, al menos, con el comienzo del

---

<sup>702</sup> MORENO QUESADA (“*La oferta de...*”, cit., pp. 140 a 144) afirma que no hay una manifestación más inequívoca de la voluntad de aceptar que la realización de las obligaciones que le incumbirían, de acuerdo con el contrato en cuestión y que si se admiten las aceptaciones tácitas, ningún acto será más concluyente que los realizados en ejecución del contrato. Asimismo, también entiende que la notificación inmediata de la ejecución del contrato al oferente es otro requisito necesario para la validez de la ejecución como aceptación. Por último, considera que dicha notificación podrá ir comprendida en la propia ejecución, si los actos van a ser inmediatamente percibidos por el oferente, o bien habrá de hacerse una declaración de voluntad expresamente dirigida a ese fin cuando la ejecución no vaya a resultar conocida por el oferente hasta transcurrido un cierto tiempo desde que emitió la oferta. Por último, entiende que la perfección se realiza desde el instante en que dio comienzo la ejecución, de forma que si se omite el aviso posterior de la ejecución, sólo repercutirá en el nacimiento de una obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan causado al oferente, debidos a la falta de conocimiento del estado en que se encuentra el contrato en formación.

<sup>703</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 122), quien, además, señala la necesidad que el destinatario de la oferta también comunique perentoriamente al proponente el rechazo de la misma, para destruir la confianza en que la ausencia de noticias signifique el inicio de la ejecución. Asimismo, la citada autora reflexiona acerca del encaje de este supuesto en el artículo 1.262, nº 2 del Código Civil, que sienta el carácter recepticio de la aceptación, lo que, a su vez, determina el momento de la perfección del contrato. Sin embargo, entiende que el citado precepto goza de una naturaleza meramente dispositiva, por lo que se podrá alterar el instante de la conclusión del contrato, como en el caso de que el oferente permita la aceptación mediante el comienzo de la ejecución con dispensa de comunicación al efecto o cuando lo impongan los usos. A nuestro juicio, este último argumento sustenta la compatibilidad de admitir el asentimiento del eventual aceptante a través del cumplimiento de su prestación y la exigencia de informar de semejante eventualidad, a fin de evitar que se generen consecuencias dañosas para el autor de la proposición inicial a causa de su desconocimiento.

mismo<sup>704</sup>. De hecho, consideramos que, en el primer supuesto, la válida exclusión de la notificación de la aceptación se vería reforzada con apoyo en la exigencia de coherencia y responsabilidad que cabe demandar al oferente con relación a sus propios actos.

En el caso de que la comparación indicada venga impuesta como consecuencia de ser una costumbre respetada por los empresarios o profesionales del ramo de actividad comercial de que se trate, el proponente debe asumirla como un riesgo inherente al desarrollo de su actividad empresarial o comercial. Asimismo, resulta incuestionable la obligatoriedad de los usos<sup>705</sup> –en nuestro ordenamiento jurídico, el Código Civil contempla expresamente la figura de la costumbre y los usos jurídicos–, tanto cuando las partes se sometan expresa y voluntariamente a su observancia como en el caso de que resulten aplicables al ser ampliamente conocidos y regularmente observados. Por otro lado, es innegable el refrendo al reconocimiento de la fuerza vinculante de las prácticas reiteradas y respetadas por las intervinientes en el marco de una relación contractual por los tribunales, aunque, de momento, se contenga en textos sin eficacia normativa<sup>706</sup>.

La única divergencia entre los instrumentos internacionales en que se inspira la Propuesta de Modernización del Código Civil por lo que concierne al régimen de la aceptación, se manifiesta precisamente con relación al supuesto que estamos examinando. El texto vienés no alude exactamente a dicha posibilidad, sino que se refiere a que “[...] *si en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto (...)*” –art. 18, 3) de la Convención de Viena de 1980-. Por su parte, los Principios

---

<sup>704</sup> DÍEZ-PICAZO (“Fundamentos...”, cit., p. 375) señala que la aceptación tácita no está liberada del requisito de la comunicación, o puesta en conocimiento del oferente, de forma que el teórico aceptante debe comunicar, por cualquier medio, la ejecución de los actos determinantes de su indirecto asentimiento para no privar al oferente de su facultad de revocar la oferta. No obstante, reconoce que existen casos en que la aquiescencia tácita produce efectos desde el momento en que se lleva a cabo, sin necesidad de previa notificación, que identifica con los que estamos analizando: previsión en la oferta; prácticas anteriores entre las partes; e imposición por los usos desarrollados en el sector.

<sup>705</sup> Por su parte, nuestro Alto Tribunal ha admitido como hechos, a causa de la prueba practicada, la existencia de un uso bancario consistente en el cobro de una comisión por la gestión de cobro de un cheque bancario –STS, Sala de lo Civil, 30 marzo 1994–; un uso de comercio generalmente admitido y observado, según el cual, los comerciantes y vendedores de obras pictóricas, en relación con la autenticidad y carácter genuino de la pintura vendida en su establecimiento, de autores fallecidos o no contemporáneos, se limita a expresar de buena fe, que la obra vendida es propia de un artista determinado y ejecutada de su mano, según los elementos de juicio que dichos comerciantes o vendedores han podido reunir o tener a su alcance –STS, Sala de lo Civil, 9 octubre 1981–, y una práctica comercial en función de la cual los conductores, al llegar al punto de destino, efectúan nuevos contratos para el regreso, a fin de no hacerlo de vacío, justo en beneficio del porteador, sin necesidad de constancia especial de la autorización de éste, en cuyo nombre actúan que se presume salvo prueba en contrario, firmando la oportuna carta de porte.

<sup>706</sup> Vid. artículos 9 de la Convención de Viena de 1980; 1.9 Principios Unidroit –versiones 2004 y 2010–; 1:105 PECL y II.- 1:104 DCFR. El artículo 1.279 de la Propuesta de Modernización del Código Civil alude a los usos como criterio hermenéutico de los contratos, que se compaginaría con el vigente artículo 1, nº 3 del Código Civil, dado que no se prevé una modificación del mismo.

Unidroit simplemente establecen que el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente –art. 2.1.6 (3)-<sup>707</sup>.

A pesar de la redacción literal de la Convención vienesa, los comentaristas engloban en tales hipótesis conductas que ejecuten completamente el contrato y actos que signifiquen el inicio de tal consumación<sup>708</sup>. Consideran que la singularidad innata a las aceptaciones tácitas -desde una perspectiva objetiva- radica en que se configuren o no con carácter recepticio y, por consiguiente, en la necesidad o no de comunicar dicha actuación al oferente, por lo que resulta irrelevante si tales actos ejecutan total o parcialmente el contrato<sup>709</sup>.

De esta forma, la particularidad inherente a la modalidad de aceptación contenida en el artículo 18, 3) del instrumento internacional vienes estriba en su idiosincrasia no recepticia<sup>710</sup>. Es más, se pone de relieve que esta especialidad trasciende a la fijación del momento de perfección contractual y del límite temporal para el ejercicio de la facultad revocatoria del oferente, matiz que, a nuestro juicio, reviste una importancia trascendental. Esta consecuencia se producirá con independencia de la clase de actos en que se plasme la respuesta del destinatario, es decir, si completan la ejecución de la prestación contractual, suponen una realización parcial, o implican la disposición de medidas conducentes al cumplimiento pactado<sup>711</sup>.

La Convención de Viena de 1980 sienta la regla general para las aceptaciones tácitas en el artículo 18, 1), según la cual la aceptación y, por ende, el contrato, se perfeccionará cuando llegue al oferente la comunicación de la realización de la conducta concreta o, en su caso, con la completa realización del acto en cuestión, como, por ejemplo, el pago del precio o la llegada de las mercancías a manos del oferente. Nos encontramos, por tanto, ante la aplicación del *principio de llegada* a la

---

<sup>707</sup> En los comentarios realizados al precepto 2.1.6 de los Principios Unidroit (op. cit., p. 46) se recoge el carácter recepticio de las aceptaciones tácitas. Se señala que será necesaria la notificación de la aceptación, salvo cuando la propia conducta del aceptante comunique por sí misma la aceptación. Asimismo, se matiza que los supuestos previstos en el párrafo (3) constituyen una excepción a la regla general establecida en el párrafo (2), de forma que la aceptación surte efectos en el momento en que el acto es ejecutado, independientemente de si el oferente es oportunamente informado sobre dicha aceptación.

<sup>708</sup> PERALES VISCASILLAS, “La formación del...”, cit., p. 538.

<sup>709</sup> CUADRADO PÉREZ (“La formación ...”, cit., p. 256) entiende que la especificidad del último párrafo del artículo 1.250 de la Propuesta de Modernización estriba en la exclusión del carácter recepticio de la aceptación evidenciada a través del comienzo de la ejecución del contrato, siempre que concurren las premisas que contempla al efecto.

<sup>710</sup> DÍEZ-PICAZO, “Artículo 18, VVAA La Compraventa ...”, cit., p. 182.

<sup>711</sup> SAN JUAN CRUCELAEGUI (op. cit., p. 116) mantiene una posición diferente y considera que “El término «sin comunicación» tiene que significar que un acto (llegada de las mercaderías) o una comunicación de que el acto ha sido cumplido, otorgue al oferente la información que necesita dentro del plazo necesario. Esta es la forma en que el art. 18.3 preserva el núcleo de la idea de la Convención de que la aceptación exige una comunicación. Lo que hace la Convención es relajar la forma de comunicación lo suficiente como para permitir al destinatario (vendedor) llevar a cabo una acción rápidamente con seguridad en respuesta a una solicitud del oferente (comprador); en cualquier caso, el envío de las mercaderías o el precio pueden constituir el envío de una aceptación que, en virtud del art. 18.1, elimina el poder de revocación”.

aceptación tácita, criterio compartido por todos los instrumentos internacionales mencionados<sup>712</sup>, así como por la Propuesta de Modernización del Código Civil.

No obstante lo anterior, en la hipótesis contemplada en el tercer apartado del artículo 18 de la Convención –y en el art. 2.1.6 (3) de los Principios Unidroit<sup>713</sup>–, la perfección del contrato se adelanta al instante en que se realiza el acto de consumación, o se inicia la misma, por cuanto nos hallamos frente a manifestaciones no recepticias. De esta manera, se produce una completa identificación entre el último momento del que goza el oferente para revocar su propuesta y aquel en el que se produce la perfección del contrato<sup>714</sup>. En este sentido, el envío de las mercaderías o el pago del precio, su ejecución parcial, o la realización de actos preparatorios no sólo supondrán la perfección del contrato, sino que imposibilitarán la retractación de la oferta por parte de su autor.

A diferencia de sus predecesores, el artículo 2:205 de los PECL –y el art. II.- 4:205 del DCFR– contemplan diferenciadamente la contingencia del momento de la perfección contractual en tres hipótesis: cuando el destinatario comunica su aceptación, cuando ésta deriva de una conducta y cuando la respuesta del destinatario se expresa mediante el cumplimiento de un acto que exime la notificación al oferente. Por lo que se refiere a la aceptación a través de un comportamiento, el contrato se entenderá celebrado desde que el oferente tenga noticia de dicho comportamiento en el segundo caso, mientras que, en el tercer y último supuesto, se considerará concluido el contrato desde que se inicie el cumplimiento del acto en cuestión<sup>715</sup>.

---

<sup>712</sup> DÍEZ-PICAZO (“*La formación del...*”, cit., pp. 20 y 21) mantiene que la concreción de los actos que pueden servir para expresar conformidad es una cuestión que no puede resolverse apriorísticamente, si bien deben considerarse actos de aceptación tácita de una oferta los que signifiquen ejecución de la prestación contractual o preparación de la ejecución. Pone como ejemplos los previstos en el artículo 18, 1) de la Convención de Viena de 1980 –v. gr. expedición de mercaderías y pago del precio– y afirma que dichos actos constituyen aceptación tácita, aunque no lleguen a ser realizados de una manera completa –ad. ex. envío de una parte de las mercaderías o pago parcial del precio–. Además, también califica como actos de aceptación tácita los relativos a la preparación de la expedición de las mercaderías o del pago del precio –v. gr. la apertura de un crédito documentario–. Con relación a la correlación entre los apartados 1) y 3) del artículo 18 de la Convención de Viena de 1980, mantiene que el apartado 1) contiene la regla general de la aceptación tácita, mientras que el apartado 3) es una variante en la que dicha aquiescencia despliega sus efectos sin necesidad de comunicación y, por consiguiente, desde el momento de haberse producido, dado que “[...] salvo que se den los supuestos de exoneración de la comunicación, es carga del aceptante comunicar, por cualquier medio, al oferente la ejecución de los actos determinantes de la aceptación tácita, de suerte que si así no lo hace, tales actos resultan ejecutados a su riesgo, porque el oferente, antes de la llegada de la indicación del asentimiento, puede todavía revocar la oferta”.

<sup>713</sup> PERALES VISCASILLAS (“*Formación, VVAA Comentario...*”, cit., pp. 127 y 128) confirma que se sigue en este caso la teoría de la expedición y no la teoría de la recepción, de esta forma el contrato se perfecciona en el momento en que se ejecute el acto, lo que significará en el ámbito del contrato de compraventa que la perfección se produce en el momento del envío de las mercancías. La misma autora (“*La formación del...*”, cit., pp. 223 y 224) reitera que se trata de una de las excepciones a la regla general de efectividad con la llegada y que la aceptación se perfeccionará en el momento en que se ejecute el acto: normalmente el envío de las mercancías o el pago del precio. La misma opinión es compartida por SAN JUAN CRUCELAEGUI, op. cit., p. 125.

<sup>714</sup> PERALES VISCASILLAS, “*La formación del...*”, cit., p. 507.

<sup>715</sup> VALPUESTA GASTAMINZA (op. cit., p. 120) expone que el momento de perfección se aborda en el artículo II.- 4: 205 del DCFR, y refleja los criterios establecidos en los dos primeros supuestos examinados en el texto de nuestra investigación. Asimismo, señala la excepción que analizamos en este subepígrafe –recogida en el tercer supuesto–, y la



Los comentarios realizados a los preceptos reseñados explican que, en la aceptación llevada a cabo mediante la conducta del destinatario, se encuadran actuaciones que conllevan el cumplimiento efectivo del contrato y actos preparatorios del mismo. En cambio, en el último supuesto –actuación con dispensa de notificación–, y en contraposición a la paráfrasis señalada con relación a la Convención de Viena de 1980 y a los Principios Unidroit, los redactores sólo admiten la ejecución de actos mediante los que se consume completamente el contrato<sup>716</sup> y rechazan las conductas que tratan de preparar el cumplimiento<sup>717</sup>.

No obstante las discrepancias que acabamos de exponer, los comentaristas apuntan que los artículos 2:205 (3) de los PECL y II.- 4:205 del DCFR no se distancian de las previsiones contenidas en los artículos análogos presentes en los instrumentos precedentes. Por consiguiente, la única interpretación que, a nuestro juicio, ayuda a conciliar la divergencia señalada es valorar que la mención contenida en el precepto al inicio del cumplimiento indica que se hace coincidir la perfección contractual con el límite temporal de la revocación<sup>718</sup>. De este modo, el comienzo de la ejecución supondrá, por una parte, la efectividad de la aceptación y, por tanto, la conclusión del contrato, frente a la máxima tradicional, y refrendada por dicho texto, de la recepción o llegada. Por otra parte, también marcará el plazo máximo para el ejercicio de la facultad revocatoria por el oferente<sup>719</sup>.

---

ilustra con un ejemplo ofrecido por los redactores del DCFR (op. cit., p. 315), que puede arrojar luz en este espinoso tema. El director de ópera M ofrece a una soprano el papel de Susana en “Las bodas de Fígaro”, con la advertencia de que puede empezar a preparar el papel de inmediato, porque la compañía estará de gira durante los dos meses siguientes y no podrá ser localizada. En el caso de que la citada soprano comience a preparar el papel, podrá afirmarse la conclusión del contrato. La diferencia entre la regla general de la aceptación mediante una conducta y la variante que examinamos se extrae si contrastamos las divergencias entre los ejemplos sugeridos para cada una por los comentaristas. En cuanto al supuesto en que el asentimiento se expresa a través de un comportamiento, el director no indica al artista que puede comenzar a ensayar el papel, por lo que si lo hace sin notificárselo, no habrá perfección contractual. Sin embargo, en la hipótesis excepcional el director de ópera sí realiza esa advertencia a la soprano, y, por tanto, el inicio de la preparación de su papel implicará la aceptación de la oferta y la conclusión del contrato, aunque no se lo comunique. En términos parecidos, BOSCH CAPDEVILLA, op. cit., p. 314.

<sup>716</sup> LANDO y BEALE, op. cit., pp. 241 y 244.

<sup>717</sup> Vid. los comentarios realizados al artículo II.- 4:205 DCFR (op. cit., p. 315), en los que se exige que el acto llevado a cabo encierre una verdadera ejecución, y no se limite a preparar la misma: “*It only applies to acts which are real performances, not to acts which prepare for a performance. If in view of the offer the offeree applies to a bank for a cash credit in order to increase available funds this act in itself will not constitute a beginning of a performance covered by paragraph (3)*”. No obstante la claridad expuesta, en líneas anteriores se recoge que: “*In these cases the start of production or other preparations makes the acceptance effective even though the offeror does not get notice of these acts*”.

<sup>718</sup> Sin embargo, BOSCH CAPDEVILLA (op. cit., pp. 314 y 315) señala acertadamente que, en muchas ocasiones, es complicado diferenciar dónde terminan los actos preparatorios y en qué momento comienza la realización de la prestación, como en las hipótesis en que la ejecución del contrato deba ir precedida de un estudio previo. Asimismo, los citados autores aluden a que los Comentarios Oficiales (op. cit., p. 315) exponen claramente que no constituyen aceptación los actos preparatorios del cumplimiento, y que se cita como ejemplo -que puede ayudarnos a concretar la distinción expuesta-, el caso en el que el destinatario de la oferta solicita un crédito para la obtención de la financiación necesaria a fin de poder aceptar la oferta.

<sup>719</sup> Vid. los comentarios realizados al artículo II.- 4:205 DCFR (op. cit., p. 316), en los que se explica que, entre los diversos efectos que se derivan de la perfección del contrato, el que se toma en consideración en el análisis del mencionado artículo es que se identifica con el momento en que las partes se encuentran obligadas por el compromiso contractual y ninguna puede desistir del mismo: “*Among the various effects of the time of conclusion of the contract, the one which is considered here is the time when the parties are bound to the contract and none of them can withdraw from it*”. Con anterioridad, pusimos de manifiesto que, en los ordenamientos jurídicos del *Common Law*, se utiliza de forma confusa los vocablos

Por lo que concierne a la Propuesta de Modernización del Código Civil, aunque mantiene diferencias de redacción con todos sus antecesores –y con el DCFR–, podemos apreciar más similitudes con los PECL y el DCFR que con la Convención vienesa y el instrumento internacional romano<sup>720</sup>. En consecuencia, podrían extrapolarse todas las conclusiones alcanzadas en los párrafos precedentes con relación a los dos textos reseñados. De esta forma, se verá alterado el criterio señalado para la culminación del contrato con carácter general y el momento último en que el proponente puede arrepentirse de la oferta remitida al destinatario antes de la expiración de su vigencia, en la medida en que ambos se adelantan hasta el instante en que se comienza la ejecución por el destinatario de sus deberes contractuales.

Igualmente, hemos de poner de relieve que la modificación proyectada para nuestro Código Civil se separa de la doctrina patria y de otras soluciones legislativas adoptadas en sistemas jurídicos de nuestro entorno<sup>721</sup>. La diferencia radica en que éstos estiman preceptiva la comunicación dirigida por el destinatario al oferente acerca de los actos realizados que iniciaron el cumplimiento de su prestación, mientras la Propuesta de Modernización le exonera de la misma. A nuestro modo de ver, la postura mantenida por los PECL y el DCFR estimula la contratación, ya que, al eliminar la notificación referida, y aunque la misma no afecte al proceso de formación contractual, facilita la conclusión de acuerdos entre los intervinientes, por cuanto el hipotético aceptante se verá liberado de una teórica reparación de los daños generados por la omisión de una información que, en muchos casos, se revelará innecesaria.

Sin embargo, se opone por algún autor que la solución de la Propuesta de Modernización del Código Civil y de sus antecesores supone que el proponente se encuentre en una situación de permanente inseguridad sobre la efectividad del compromiso contractual derivado de la oferta formulada al eventual aceptante, siempre que aquél no pudiera llegar a conocer la aquiescencia de éste con carácter inmediato gracias a la constancia de los actos realizados, en cuyo caso perderá su utilidad<sup>722</sup>. A nuestro juicio, y al igual que expusimos con relación a la posición de

---

“*withdrawal*” y “*revocation*”. En este sentido, los comentaristas indican en líneas anteriores que: “*The performance which will bind both parties under paragraph (3) is one which the offeree cannot revoke*”.

<sup>720</sup> CUADRADO PÉREZ (“*La formación ...*”, cit., pp. 256 y 257) considera que, por lo que concierne a esta modalidad de la aceptación, la Propuesta de Modernización del Código Civil es heredera de la posición seguida por los instrumentos internacionales que constituyen su fuente de inspiración.

<sup>721</sup> Es cita habitual el artículo 1327 del Código Civil italiano, cuya rúbrica es “*Ejecución anterior a la respuesta del aceptante*”, que contempla la posibilidad de que a petición del oferente, por la naturaleza del asunto o según los usos, la prestación deba realizarse sin una respuesta previa del receptor; la perfección contractual se producirá en el momento y lugar en que comience dicha ejecución. Asimismo, exige que se comunique rápidamente al oferente el inicio de la misma, so pena de quedar obligado al resarcimiento del daño que se le cause. Por su parte, tanto el § 151 del B.G.B. como el artículo 234 del Código Civil portugués eximen de la notificación de los actos realizados por el destinatario de la oferta en orden al cumplimiento de sus obligaciones.

<sup>722</sup> CUADRADO PÉREZ, “*La formación ...*”, cit., p. 257.

la doctrina española frente a este supuesto con anterioridad a la previsión normativa proyectada en la Propuesta de Modernización, no creemos justificada la objeción expuesta, ya que es el propio oferente el que expresamente contempla dicha eventualidad o, en todo caso, bien lo ha consentido en ocasiones anteriores, bien resulta obligado por usos del ramo de actividad comercial en que se desenvuelve, que conoce o debe hacerlo.

## CAPÍTULO CUARTO

### POSIBLES CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA ACEPTACIÓN

A pesar de que puede reprochárseles que utilicemos este vocablo para agrupar las hipótesis que procederemos a analizar en las siguientes páginas, hemos preferido mantener esa denominación, entre otras razones, a causa del paralelismo que queremos establecer con la propuesta inicial<sup>723</sup>. Parte de la doctrina sostiene que, en puridad, el agotamiento del periodo temporal para la aquiescencia del destinatario de la oferta y la retirada de su asentimiento no constituyen causas de extinción de la aceptación, porque esa circunstancia sólo puede producirse con relación a declaraciones de voluntad debidamente formadas y perfeccionadas. De este modo, se consideran supuestos en que la respuesta del hipotético aceptante no llega a perfeccionarse, aunque se haya emitido debidamente y la oferta subsista, la retractación, la finalización del intervalo o el cambio de las eventualidades a los que el destinatario limitó su contestación<sup>724</sup> y la muerte o pérdida de capacidad o legitimación para asentir.

No compartimos el criterio expuesto en el párrafo anterior, por cuanto supone confundir la propia existencia de la exteriorización de la intención por parte de los intervinientes en la relación negocial con la eficacia de la misma, contingencias distintas, que se pueden producir en momentos diferentes y que requieren la concurrencia de específicas circunstancias<sup>725</sup>. En cualquier caso, creemos que la mayor o menor fortuna en la selección de la mentada expresión no obsta al posible acierto de nuestras conclusiones, siempre que tengamos presente el objetivo que

---

<sup>723</sup> ALBALADEJO GARCÍA (“*Derecho ...*”, cit., pp. 404 y 405) asegura que, a diferencia de la oferta, la aceptación no puede extinguirse, porque ese fenómeno significa que una declaración se destruye después de haber sido formada, lo que, a su vez, supone que transcurre cierto lapso de tiempo entre la perfección de dicha declaración y la del contrato. Normalmente, coinciden ambos momentos en el caso del asentimiento del destinatario de la oferta, salvo que se reputen necesarios otros elementos para la conclusión contractual.

<sup>724</sup> Nos referimos al supuesto en que el hipotético aceptante sujeta la eficacia de su contestación a un plazo concreto, por ejemplo, quince días, en línea con el supuesto en que el oferente establezca la vigencia de su propuesta durante un determinado lapso temporal. Sin embargo, las consecuencias son completamente opuestas, ya que la oferta se extingue una vez transcurrido el intervalo señalado por el proponente, mientras que, en el caso de la aceptación cuya duración es fijada por el destinatario de la proposición inicial y se recibe con posterioridad al mismo, dicha respuesta no podrá ser considerada aceptación ni contraoferta, pero la oferta subsistirá, salvo que se haya extinguido por otras causas.

<sup>725</sup> Podemos establecer una clara semejanza de la discusión expuesta con la que analizamos al examinar el requisito de que la oferta se dirija a una o varias personas determinadas. Nuestro planteamiento es que se confunde la exigencia mencionada con la naturaleza recepticia de la oferta, ya que este carácter debe limitarse al plano de la eficacia de dicha manifestación, de modo que, como resulta generalmente admitido, para que la oferta goce de eficacia jurídica debe llegar a o ser recibida por su destinatario, y, en función del criterio que se adopte, conocida por éste, pero ello no obliga a que los hipotéticos aceptantes estén identificados *ab initio*. De la misma forma, la aceptación también es una declaración o manifestación recepticia, y hasta que no sea recibida –o conocida– por el proponente, no desplegará sus efectos, es decir, no se perfeccionará y, por tanto, no se culminará el proceso contractual. Sin embargo, no creemos que se pueda negar la existencia de la contestación del receptor de la propuesta primigenia.

preside nuestra elección, y todo ello sin perjuicio de que estimamos, como acabamos de justificar, que el término utilizado es totalmente preciso y correcto.

## I. TRANSCURSO DEL PLAZO

La Propuesta de Modernización del Código Civil –artículo 1.250, nº 3- establece que la aceptación no surtirá efecto si no llega dentro del plazo fijado en la oferta y, en su defecto, dentro del que resulte razonable. Además, especifica dos factores para ayudar a delimitar la ecuanimidad del periodo dentro del cual debe producirse el asentimiento del hipotético aceptante: los pormenores que rodearon a la negociación y las características de los medios de comunicación empleados por el oferente. Por último, erige una clara distinción, que abordaremos en páginas posteriores, entre la aquiescencia de una propuesta verbal y la realizada por otros medios, en cuya virtud la primera debe llevarse a cabo en el acto, “*a menos que de ella o de las circunstancias se infiera otra cosa*”.

El citado precepto recoge el último requisito que, indiscutiblemente, se ha venido exigiendo tanto por la doctrina –en el ámbito interno<sup>726</sup> y en el Derecho comparado<sup>727</sup>–, como por la jurisprudencia<sup>728</sup>, para calificar como aceptación la respuesta del destinatario de la proposición inicial<sup>729</sup>, a pesar del silencio de nuestro Código Civil sobre este aspecto. La denominación con la que se alude a este requerimiento es la tempestividad de la contestación del receptor de la oferta, de suerte que dicha conformidad debe llegar al oferente –o ser conocida por éste– durante la vigencia de la propuesta contractual para lograr perfeccionarse y

---

<sup>726</sup> LACRUZ BERDEJO, “*Elementos ...*”, cit., p. 375 y ALBALADEJO GARCÍA, “*Derecho ...*”, cit., p. 404.

<sup>727</sup> FERRARI (op. cit., p. 146) no alude al vocablo *tempestividad*, pero sí a la idea que subyace al mismo. De este modo, explica que resulta prácticamente baladí señalar que una proposición contractual sólo puede permanecer en vigor durante un lapso temporal concreto, por cuanto, en caso contrario, el oferente se hallaría vinculado indefinidamente, y tendría consecuencias negativas para la contratación, en especial en aquellos países, como Alemania, Suiza y Austria, en los que toda propuesta es, por regla general, irrevocable. Por consiguiente, todo ordenamiento jurídico prevé dos posibilidades en la regulación de la contratación *inter absentes*, bien que el proponente establezca un plazo durante el que el hipotético aceptante pueda ejercitar el *power of acceptance*, y, una vez transcurrido, la contestación se valore tardía, bien se prevea ese término final con el mismo efecto, aunque no lo establezca el oferente.

<sup>728</sup> Los pronunciamientos jurisprudenciales en los que el Tribunal Supremo analiza la tempestividad de la aceptación se refieren, fundamentalmente, al plazo para el ejercicio de un derecho de opción de compra, y, entre todos ellos, debemos destacar la STS, Sala de lo Civil, 17 septiembre 2010, por la brillante exposición y recopilación que lleva a cabo acerca de los extremos debatidos. En cuanto a la materia que nos ocupa, la similitud con relación al supuesto planteado deriva de varios factores, el primero de los cuales se refiere a la valoración de la opción de compra como un derecho sujeto a un plazo de caducidad, que se califica como esencial, de modo que, tal y como indica la STS, Sala de lo Civil, 2 junio 2009, “La vigencia de la opción únicamente durante un tiempo determinado e inexorable es consustancial a su propia naturaleza pues de no ser así quedaría a voluntad del optante de modo indefinido la posibilidad de perfeccionar el contrato”. En segundo lugar, la citada sentencia se refiere a la unánime calificación por la jurisprudencia del acto de ejercicio del derecho de opción como declaración unilateral recepticia, al igual que la aceptación, si bien, por el contrario, indica que no es unánime sobre la suficiencia de emisión y expedición de la declaración de voluntad de optante dirigida al oferente, debate que también resulta natural con relación a la respuesta formulada por el destinatario de la oferta. Además de citar abundante jurisprudencia, la sentencia revisa los distintos preceptos del Código Civil, vigentes y anteriores, las previsiones contenidas en la Convención de Viena de 1980, los PECL y la Propuesta de Modernización objeto de nuestra investigación y ciertos artículos de los Códigos Civiles italiano y portugués. La posición que, finalmente, adopta nuestro Alto Tribunal es la aplicación del criterio de la cognición matizado por los principios de auto-responsabilidad o de razonable posibilidad de conocimiento de la aceptación.

<sup>729</sup> MARTÍNEZ GALLEGU, op. cit., p. 104.

desplegar todos sus efectos, que, como ya hemos expuesto, se dirigen fundamentalmente a la conclusión del convenio proyectado<sup>730</sup>. En caso contrario, el ofrecimiento formulado por el proponente caducará y, por tanto, la aceptación no devendrá eficaz.

En cuanto a la regulación de esta característica por los textos internacionales utilizados como referente de la Propuesta de Modernización del Código Civil, podemos concluir fácilmente que existe un patrón común a todos ellos, aunque se observen ciertas diferencias en la redacción<sup>731</sup>, y ese denominador común se plasma, apropiadamente, en la Propuesta de Modernización del Código Civil<sup>732</sup>. Entre esta última y la Convención de Viena de 1980 –artículo 18, 2)-, las diferencias son inapreciables, como viene sucediendo en muchos de los preceptos examinados en la presente investigación. Igualmente, podemos extender dicha conclusión a las previsiones contenidas en los restantes instrumentos en los que se inspira la citada Propuesta de Modernización<sup>733</sup>.

Asimismo, la doctrina española<sup>734</sup>, la Propuesta de Modernización del Código Civil y sus precursores –incluido el posterior DCFR-<sup>735</sup> coinciden en asegurar que la duración de la oferta podrá determinarse según los términos expresados por el proponente en aquélla, de forma que si la contestación del

---

<sup>730</sup> MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A. (“El concepto de contrato y su formación en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, AC, nº 5, mayo 2013, p. 622) asegura que la tempestividad de la aceptación es una exigencia lógica, derivada de la necesidad de liberar al oferente de la vinculación que supone su oferta, la cual no puede permanecer en el tiempo de modo indefinido, por cuanto supondría que el proponente seguiría obligado y el aceptante podría concluir el contrato en un plazo posterior a aquel en el que las circunstancias en que comenzaron los tratos preliminares, la buena fe y la celeridad del tráfico justificaban su celebración. En definitiva, resulta totalmente natural que, ante la ausencia de fijación de un plazo para la aceptación por el oferente, se reconozca la existencia de un periodo razonable.

<sup>731</sup> MALO VALENZUELA (op. cit., p. 2257) comenta que la Convención de Viena de 1980, los Principios Unidroit y los PECL comparten un mismo espíritu en cuanto a la regulación de la tempestividad y congruencia de la aceptación de la oferta, aun cuando entre ellos pueden apreciarse ciertas diferencias de redacción. A juicio de este autor, es evidente que todos ellos comparten un afán de flexibilidad cuya última finalidad es la de permitir la conservación de los contratos y evitar las penosas consecuencias que podrían derivarse para las partes en caso de una posible declaración de inexistencia de los mismos.

<sup>732</sup> De hecho, la Propuesta de Modernización corrige un defecto sistemático que se aprecia en los PECL y el DCFR, por cuanto esas propuestas armonizadoras contemplan antes de este requisito la regulación del momento de conclusión del contrato. De acuerdo con un criterio sistemático lógico, la tempestividad de la aceptación debe regularse con antelación - MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, op. cit., p. 622-.

<sup>733</sup> Vid. artículos 2.1.7 de los Principios Unidroit –versiones 2004 y 2010-, 2:206 de los PECL y II.- 4:206 del DCFR. Asimismo, en la misma línea podemos señalar la posición seguida tanto por el *Feasibility study* –artículos 35 versión mayo 2011 y 37 versión agosto 2011- como por la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea – artículo 36-. Por su parte, el artículo 23 del *Contract Code*, dedicado al momento en que el asentimiento del destinatario de la oferta deviene eficaz, se aparta de la estructura y expresiones adoptadas por los instrumentos reseñados, aunque la filosofía que lo preside se enmarca en las consideraciones expuestas. De esta forma, McGregor también reconoce que la aceptación ha de realizarse en el periodo en el que la oferta es eficaz, pero no menciona expresamente los límites temporales de dicha situación, al entender que están implícitos en los preceptos destinados a la regulación del modo y tiempo en que la propuesta inicial se extingue a causa de su revocación, rechazo o caducidad –artículos 19, 20 y 21-. En cuanto al Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía, adopta un planteamiento ciertamente diferente en comparación con la Propuesta de Modernización del Código Civil, lo que nos obligaría a citar varios preceptos, por lo que entendemos más conveniente mencionarlos con relación a los aspectos concretos en que se manifiesten las discrepancias más relevantes.

<sup>734</sup> CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., p. 748.

<sup>735</sup> La Propuesta de Modernización del Código Civil y sus antecesores parten, como primera delimitación temporal, del plazo fijado por el oferente, y, sólo en su defecto, prevén otras alternativas.

destinatario no se recibe –o no se conoce– en el lapso temporal establecido al efecto, no surtirá efectos y, en consecuencia, no se concluirá el contrato. La doctrina y la jurisprudencia reconocen que la oferta no puede vincular indefinidamente a su autor<sup>736</sup>, por lo que, si éste no ha fijado el periodo en que debe permanecer en vigor y no concurren otros motivos de extinción, expirará en un intervalo sensato y prudente.

Igualmente, hemos de recordar que, en ciertas ocasiones, el tiempo máximo de vigencia de la oferta se determina de forma taxativa por la ley, que se debe valorar como un mandato imperativo, por lo que, excepcionalmente, se sustrae dicha decisión de la facultad de disposición del proponente acerca del contenido de la propuesta contractual. En último término, y en conexión con lo que hemos señalado en los párrafos precedentes, también sucede con frecuencia que los sujetos intervinientes convienen anticipadamente el periodo máximo de duración de la oferta y, por tanto, el plazo durante el que se reputa válida la contestación del destinatario, *v.gr.* a través de un contrato de opción<sup>737</sup>.

En la misma dirección, como extensión de la regla general a un supuesto concreto, el artículo 1.250, nº 5, de la Propuesta de Modernización del Código Civil, referido a la aceptación mediante el comienzo de la ejecución del contrato por el destinatario y sin necesidad de comunicación al oferente, también se sujeta a los plazos establecidos en el tercer párrafo, objeto de nuestro previo análisis<sup>738</sup>. Por consiguiente, el inicio del cumplimiento de la prestación que se identifica con el asentimiento de eventual aceptante –y, obviamente, también la ejecución completa de la misma–, deberá llevarse a cabo dentro del periodo señalado en la oferta o, en su defecto, en un lapso temporal razonable<sup>739</sup>.

Una vez más, afortunadamente también podemos establecer un claro paralelismo entre las previsiones proyectadas por la Propuesta de Modernización del Código Civil y sus antecedentes<sup>740</sup>, así como con el DCFR. Por lo que concierne

---

<sup>736</sup> MORENO QUESADA (“*La oferta de...*”, cit., pp. 131 y 132) explica que “Como excepción a la necesidad que hemos visto tienen las ofertas de ser aceptadas antes de un término, porque de otro modo caducarán, está el supuesto que se conoce con el nombre de estado de oferta permanente, en razón del cual los que se encuentran en las condiciones que los determinan están obligados a contratar con todos los que se presenten con esa condición. Están en situación de oferta permanente todas aquellas personas que gozan de un monopolio de hecho o de derecho, de tal modo que no pueden rehusar la celebración de los contratos sobre los bienes o servicios a que se refiere su monopolio, sobre todo si tiene por objeto la satisfacción de necesidades primordiales [...]”

<sup>737</sup> MENÉNDEZ MATO, “*La oferta ...*”, cit., pp. 210 y 211 y nota 534.

<sup>738</sup> Existe una errata en el texto del artículo, a nuestro modo de ver, inaceptable: se remite a los plazos establecidos en el párrafo anterior (cuarto) cuando realmente se refiere a los establecidos en el párrafo que estamos analizando, que es el tercero.

<sup>739</sup> Vid. los comentarios realizados por los redactores al precepto 2.1.7 de los Principios Unidroit (op. cit., p. 48), donde se señala que los plazos para la aceptación que prevé esta norma también se aplican a las situaciones en las que el destinatario puede mostrar su asentimiento mediante la ejecución de un acto sin comunicárselo al oferente. En tales casos, dicha actuación debe realizarse dentro del plazo correspondiente.

<sup>740</sup> LANDO y BEALE, op. cit., pp. 244 y 245.

a nuestro país, hemos de recordar que los autores patrios mantienen la necesidad de que el teórico aceptante también notifique al oferente la situación descrita durante el periodo de vigencia de la oferta, so pena de verse obligado a responder por los daños y perjuicios que se le causen al proponente. Sin embargo, ni la Propuesta de Modernización, ni los instrumentos internacionales en los que se apoya para su proyectada reforma contemplan dicha exigencia<sup>741</sup>, que reservan única y exclusivamente para aquellos supuestos en que la aceptación se exterioriza mediante una conducta, y, como toda expresión tácita del consentimiento, requiere su comunicación al autor de la propuesta contractual<sup>742</sup>.

Por lo que concierne a la posibilidad de que el asentimiento del destinatario se exteriorice mediante su comportamiento inactivo, ni la Propuesta de Modernización del Código Civil ni los instrumentos en que se inspira recogen ninguna especialidad en cuanto al requisito de la tempestividad de dicho tipo de respuesta, en línea con la escasa atención que dedican a esta hipótesis. No obstante la ausencia de una previsión específica<sup>743</sup>, no observamos ninguna razón de peso para apartarnos de la regla general, de forma que también en este caso se debe respetar el plazo señalado por el oferente en su propuesta, y, subsidiariamente, un lapso temporal razonable<sup>744</sup>. Sin embargo, habrá que adaptar esta máxima a la coyuntura concreta, por lo que el periodo fijado o, en su defecto, el que resulte racional, servirá para determinar el tiempo de espera que ha de transcurrir para que el oferente pueda considerar que el destinatario ha aceptado, a pesar de su silencio<sup>745</sup>.

---

<sup>741</sup> Tampoco se requiere que el eventual aceptante informe al proponente según el *Feasibility study* –artículos 34 versión mayo 2011 y 36 versión agosto 2011-, la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea –artículo 35-, y el *Contract Code* –artículo 22 y vid. comentarios al citado precepto en McGregor, op.cit., pp. 45 y 46-. Por su parte, el Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía adopta una postura diferente a todos los textos mencionados, así como a la Propuesta de Modernización del Código Civil, sus precursores y el DCFR, y no contempla el supuesto especial que estamos examinando –*sensu contrario*, artículo 16-.

<sup>742</sup> Vid. los comentarios realizados por los redactores al artículo II.- 4:206 del DCFR (op. cit., p. 320), en los que se reflejan sucintamente las consideraciones que hemos expuesto en nuestra investigación: “*In the case of acceptance by conduct, notice of the conduct must normally reach the offeror within the time for acceptance. In those situations where an act of performance by the offeree will constitute acceptance even before the offeror gets notice of it, the performance must be commenced within the time fixed by the offeror or, if no such time is fixed, within a reasonable time, but it is not required that the offeror learns of it before that time*”.

<sup>743</sup> Vid. los artículos 18, 2) y 3) de la Convención de Viena de 1980, 2.1.7 de los Principios Unidroit –versión 2004 y 2010-, 2:206 de los PECL, II.- 4:206 del DCFR, *Feasibility study* –artículos 35 versión mayo 2011 y 37 versión agosto 2011-, 36 de la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea y 23 del *Contract Code*.

<sup>744</sup> FERRARI (op. cit., pp. 139 y 140) indaga pormenorizadamente en la regulación del silencio en el Código de las Obligaciones suizo –art. 6-, por cuanto es parcialmente diferente a las previstas en otros ordenamientos jurídicos. Sin ánimo de profundizar, sólo pretendemos poner de relieve que el precepto en cuestión señala que cuando la naturaleza particular del negocio o las circunstancias no comporten una aceptación expresa, el contrato se considerará concluido si la oferta no es rechazada en un plazo congruente. El citado autor considera que el lapso temporal al que se refiere la norma mencionada se convierte en un término que fija la duración mínima del silencio, de forma que el contrato debe entenderse concluido si el destinatario de la oferta no exterioriza su rechazo. Asimismo, entiende que la duración de ese periodo se sujeta a la valoración del juez en cada caso concreto.

<sup>745</sup> ALBALADEJO GARCÍA (“*El negocio ...*”, cit., p. 90) señala que la declaración es el silencio, pero su significado afirmativo viene determinado por el transcurso del tiempo. De este modo, aunque el citado autor se refiera a la perfección del contrato, dada la íntima y cercana conexión con la eficacia de la aceptación, podemos establecer un claro paralelismo.



En la hipótesis de que la proposición inicial no contemple expresamente el lapso temporal máximo de su duración, la doctrina señala una solución diferente en función de que los intervinientes estén presentes o no. En el primer supuesto, se presume que la aceptación debe realizarse de modo casi inmediato, debido a la concurrencia física del proponente y destinatario. No obstante, se permite que dicha conjetura quede desvirtuada si la propia oferta concede al eventual aceptante un plazo para la aceptación o cuando la exégesis de tal propuesta admita inferir la concesión de dicho periodo.

Igualmente, los autores apuntan la valoración de otras circunstancias, entre las que sobresalen las prácticas existentes entre las partes, de las que se deduzca que la respuesta del receptor pueda quedar diferida<sup>746</sup>, así como los usos del ramo negocial en el que se desenvuelva la actividad de las partes. A nuestro modo de ver, la posición doctrinal indicada resulta acorde a la coyuntura expuesta, salvo el hecho de que, tradicionalmente, la doctrina asimila automáticamente la emisión de una oferta verbal por el proponente con la circunstancia de que los intervinientes se hallen reunidos en un mismo lugar. Semejante equiparación pudiera estimarse admisible en un primer estadio subsiguiente a la promulgación de nuestro Código Civil, pero el desarrollo tecnológico que la sociedad ha experimentado, imparable en su avance, sustenta justificadamente una evolución de dicha posición doctrinal, que, de forma apropiada, ciertos autores han acertado a reconocer.

Como consecuencia de la distinción expuesta en el párrafo anterior, la doctrina considera que la problemática de la falta de concreción en la oferta del plazo durante el que debe recaer la aceptación se traslada hacia los supuestos en que los intervinientes no se encuentran reunidos en un mismo lugar o, según la terminología habitualmente utilizada, se hallan *ausentes*<sup>747</sup>. De esta forma, se debe acudir al criterio de la razonabilidad para fijar el periodo en el que se producirá tempestivamente el asentimiento del destinatario. En este aspecto, a nuestro juicio apropiadamente, comparten el mismo punto de vista la doctrina y jurisprudencia nacional<sup>748</sup> y la Propuesta de Modernización del Código Civil, a pesar de que el criterio indicado es más propio de la cultura anglosajona. Además, todos ellos se

---

<sup>746</sup> MENÉNDEZ MATO, “*La oferta ...*”, cit., pp. 211 y 212.

<sup>747</sup> Sin embargo, LARA AGUADO (op. cit., p. 74) matiza el criterio diferenciador mencionado en la investigación, que recogen parte de los textos uniformes de referencia para la Propuesta de Modernización del Código Civil, pero no ésta, en línea con nuestra opinión en la materia, que desarrollaremos en el Capítulo dedicado a la perfección contractual. De esta forma, la citada autora entiende que los problemas se suscitarán en el caso de personas que no se hallan en el mismo lugar, y que, además, utilicen medios que no permitan la comunicación instantánea.

<sup>748</sup> La STS, Sala de lo Civil, 3 noviembre 1993, resolvió que “[...] el transcurso de seis años desde la formulación de la oferta y la naturaleza del negocio (urbanización de terrenos) explica y justifica la razonabilidad de la revocación y la extemporaneidad de la aceptación producida una vez que el recurrente supo que el ofertante daba por cancelada su oferta”.

sitúan en la línea de lo que se observa en otros países de nuestro entorno y en el ámbito del *Common Law*<sup>749</sup>.

La delimitación del lapso temporal sensato y prudente en el que debe recaer la aceptación se anuda, de acuerdo con la mayoría de los autores y pronunciamientos judiciales, a la naturaleza del contrato, a la posibilidad de comunicación y a las circunstancias de la propuesta<sup>750</sup>, aunque algunos expertos también aluden a las reglas dimanantes de la diligencia y de la buena fe<sup>751</sup>. Por otra parte, la posible incertidumbre que conlleva la solución indicada se equilibra con la flexibilidad ínsita a la misma, por cuanto permite su adaptación a la coyuntura del caso concreto<sup>752</sup>, lo que resulta muy positivo debido al amplio abanico de factores que pueden concurrir y la variada tipología de las transacciones o convenios que pretendan alcanzar los intervinientes<sup>753</sup>.

En cuanto a los criterios a los que hemos de recurrir para concretar el plazo razonable durante el cual debe contestar el destinatario de la oferta y, además, llegar dicha respuesta al oferente –o, en su caso, ser conocida–, la Convención de Viena de 1980 alude a las circunstancias de la transacción y, en particular, a la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente, mientras que la Propuesta de Modernización del Código Civil valora las circunstancias de la negociación y las características de los cauces que elija el proponente para transmitir su propuesta<sup>754</sup>. También se observa una gran similitud entre la citada Propuesta de Modernización

---

<sup>749</sup> LARA AGUADO, op. cit., p. 76.

<sup>750</sup> STS, Sala de lo Civil, 23 marzo 1988.

<sup>751</sup> DÍEZ-PICAZO, “*Fundamentos ...*”, cit., p. 376 y MARTÍNEZ GALLEGU, op. cit., p. 109.

<sup>752</sup> PERALES VISCASILLAS (“*Formación, VVAA Comentario...*”, cit., p. 134) afirma que los Principios Unidroit acogen un método flexible para la concreción del plazo de aceptación, que califica muy adecuado, debido al amplio espectro de transacciones, cuyo contenido y naturaleza diversos demandarán un periodo específico. La citada autora también valora que se supone un factor de seguridad adaptable ante las diversas particularidades de cada negocio, en especial cuando los intervinientes pertenezcan a ámbitos económicos diferentes.

<sup>753</sup> MALO VALENZUELA (op. cit., p. 2251) establece que “[...] la valoración de si la aceptación ha sido realizada en tiempo oportuno exigirá una atenta valoración de las circunstancias concurrentes, de las conductas habituales entre las partes y de los usos de los negocios, con el fin de determinar si de tales circunstancias, conductas y usos cabe inferir la vigencia o caducidad de la oferta. Esta solución es la que mejor garantiza el equilibrio entre los derechos del oferente y los del destinatario de la oferta, evitándose la inestabilidad e incertidumbre que se derivarían de la vigencia indefinida de la misma”.

<sup>754</sup> Asimismo, como la postura adoptada por la Propuesta de Modernización del Código Civil coincide con la que mantiene la doctrina y jurisprudencia españolas, podemos trasladar los comentarios realizados al artículo 18, 2) de la Convención de Viena de 1980. En este sentido, DÍEZ-PICAZO (“*Artículo 18, VVAA La compraventa...*”, cit., pp. 183 y 184) describe las posibilidades que establece el citado artículo del texto uniforme en cuanto a la tempestividad de la aceptación. En primer lugar, la fijación de un plazo determinado dentro del cual deba producirse la aceptación. Según el citado autor, tal opción se admite sin discusión, y, además, se deduce del anterior artículo 16, pero el precepto examinado es más preciso, ya que exige que llegue al oferente dentro de dicho plazo. En segundo término, si la oferta no señala ningún plazo, la aceptación debe emitirse y llegar al oferente dentro de un plazo razonable. Asimismo, analiza los criterios ofrecidos para determinar dicho plazo, como la posible urgencia que el supuesto presente, dadas las características de la oferta, las características de las mercaderías y la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente.

y los Principios Unidroit, salvo en algunas de las expresiones utilizadas y en la misma diferencia de redacción manifestada con relación a la Convención vienesa<sup>755</sup>.

Por lo que se refiere a los PECL, la comparación con la Propuesta de Modernización del Código Civil y con los dos instrumentos internacionales mencionados arroja mayores diferencias, entre las que destaca que, incomprensiblemente, no recogen explícitamente ningún factor que ayude a precisar el plazo razonable para la aceptación, aunque sí los contemplan sus redactores en los comentarios realizados al efecto. No obstante lo anterior, según la interpretación auténtica realizada por sus redactores, la perspectiva adoptada por los PECL y los dos textos internacionales que les anteceden es la misma<sup>756</sup>.

Idénticas consideraciones se pueden extrapolar al DCFR, cuyo artículo II.- 4:206, salvo leves cambios terminológicos, es un trasunto de su homólogo en los PECL. Sin embargo, los comentaristas señalan su semejanza con las previsiones contenidas en esta materia en la Convención vienesa y en el texto romano, así como con la posición adoptada por otros ordenamientos jurídicos -*ad. ex.* países nórdicos, Alemania, Austria o Bulgaria-. Además, aluden a los factores determinantes para concretar la razonabilidad del lapso temporal en el que la aceptación del destinatario debe ser recibida por el oferente, si bien no acabamos de comprender por qué no se plasman expresamente en la norma reseñada.

Por lo que se refiere a los criterios de concreción del periodo racional para la aceptación, lógicamente, son prácticamente idénticos a los enumerados por sus precursores y por los redactores de los PECL: circunstancias de la transacción, rapidez de los medios de comunicación escogidos por el proponente y el tipo de contrato. Sin embargo, estimamos oportuno resaltar que, aunque el eventual aceptante goza de completa libertad para elegir la vía de transmisión de su respuesta, se entiende que debe usar la misma, e incluso canales más rápidos si la toma de decisión ha supuesto el agotamiento de una gran parte del plazo<sup>757</sup>.

---

<sup>755</sup> Vid. los comentarios realizados por los redactores al precepto 2.1.7 de los Principios Unidroit (op. cit., pp. 47 y 48), en los que, a efectos de confirmar la enorme semejanza indicada, se reconoce claramente que este precepto se corresponde con el artículo 18, 2) de la Convención de Viena de 1980.

<sup>756</sup> LANDO y BEALE (op. cit., p. 245) afirman que la norma citada es muy similar a los artículos 18, 2) y 3) de la Convención de Viena de 1980 y 2.1.6 y 2.1.7 de los Principios Unidroit. En cuanto a los factores que ayudan a determinar el plazo razonable durante el cual debe llegar la aceptación al proponente, mencionan los recogidos expresamente por ambos textos uniformes, esto es, las circunstancias de la transacción y la rapidez de los medios de comunicación utilizados por el oferente. A tales efectos, también consideran relevante el tipo de contrato. De esta forma, las ofertas referidas al comercio de materias primas u otros productos sometidos a fluctuaciones del mercado se tendrán que aceptar en un plazo breve, mientras que las ofertas referidas a la construcción de un edificio pueden necesitar un tiempo de reflexión más prolongado. Por otro lado, se indica que el destinatario de la oferta debe usar en general los mismos medios de comunicación que haya utilizado el oferente. Sin embargo, si consume gran parte del plazo en reflexionar, puede recuperar el tiempo perdido contestando mediante un telegrama, aunque haya recibido la oferta por correo, al ser el primero más rápido.

<sup>757</sup> Vid. los comentarios al artículo II.- 4:206 del DCFR, op. cit., pp. 319 a 321.

## 1. OFERTA VERBAL

De todo lo anterior se desprende sin ningún género de duda que, de nuevo y pertinentemente, la posición adoptada por la Propuesta de Modernización del Código Civil se corresponde básicamente con la que vienen sosteniendo la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito nacional con relación a la extinción de la aceptación. Sin embargo, hemos de adelantar que, en nuestra opinión de forma acertada, la Propuesta de Modernización del Código Civil se desliga de la tradicional clasificación de contratación entre presentes y ausentes, para evolucionar hacia un criterio basado en la forma a través de la que se exteriorizan las declaraciones que, normalmente, confluyen en la génesis del contrato, si bien sugeriremos un nuevo paso en este específico tema<sup>758</sup>.

Esto conduce al planteamiento de una distinción que, a nuestro juicio, podemos calificar como capital, aunque, por lo que hemos podido observar, no se le ha conferido la relevancia que merece. Por influencia de la Convención de Viena de 1980 y de los Principios Unidroit<sup>759</sup>, la Propuesta de Modernización del Código Civil distingue entre la oferta verbal y las proposiciones realizadas por otros medios<sup>760</sup>, de modo que la primera englobaría no sólo la que se formula entre sujetos presentes, es decir, situados en el mismo lugar, sino también la que se lleva a cabo por cauces que permitan establecer una comunicación caracterizada por ser instantánea e ininterrumpida.

Estos últimos han devenido fruto de la evolución tecnológica y, en nuestros días, podemos considerar que resultan de uso cotidiano, como el teléfono y las videoconferencias, para las que, actualmente, no resultan necesarios aparatos especiales de reproducción de la imagen y del sonido, sino que se pueden establecer mediante ordenadores -fijos y portátiles-, teléfonos móviles y *tablets*, y gracias a programas informáticos de manejo sencillo y sin contraprestación pecuniaria<sup>761</sup>. A

---

<sup>758</sup> Los autores han sugerido diversos planteamientos. Por ejemplo, MALO VALENZUELA (op. cit., p. 2248) entiende que “[...] es preferible abandonar la distinción relativa a los contratos entre presentes o entre ausentes, y distinguir entre los contratos de formación instantánea o sucesiva, siendo en estos últimos donde se plantean mayores problemas para determinar el plazo dentro del que debe recaer la aceptación de la oferta”.

<sup>759</sup> PERALES VISCASILLAS (“Formación, *VVAA Comentario...*”, cit., pp. 134 y 135) asegura que el artículo 2.1.7 de los Principios Unidroit se ha tomado del artículo 18, 2) de la Convención de Viena, salvo que parte de éste se trasladó al artículo 2.1.6, y, además, el artículo 8.1 de la LUF es una disposición muy similar a las mencionadas. Asimismo, la citada autora expone que dichos Principios establecen que las ofertas verbales se han de aceptar inmediatamente, es decir, instantáneamente, a menos que de las circunstancias se deduzca una conclusión diferente, como, por ejemplo, la conformidad del proponente a una respuesta diferida en el tiempo.

<sup>760</sup> BOSCH CAPDEVILLA (op. cit., p. 317) señalan que la regulación del DFCR sobre el plazo de la aceptación es similar a la de los anteriores textos armonizadores del Derecho Contractual, y resaltan su parentesco con los artículos 18, 2) de la Convención de Viena de 1980, 2.1.7 de los Principios Unidroit, 2:206 de los PECL y 15.3 del Código Europeo de Contratos. Asimismo, destacan que la principal novedad del artículo II.- 4:206 del DCFR, con relación a sus antecesores, es que no contempla la regla general de que la oferta verbal debe aceptarse de manera inmediata.

<sup>761</sup> El estudio “*End-User Survey: The ‘Real’ Benefits of Video*”, a consecuencia de la encuesta global llevada a cabo por la consultora Wainhouse Research y la mercantil Polycom, que mantiene una clara posición dominante en el mercado de las videoconferencias, a finales del año 2013 (<http://www.americalearningmedia.com/edicion-022/257-indicadores/3830->

nuestro modo de ver, también podrían incluirse en la citada clasificación otros sistemas, como los *chats*, cuyo uso se ha popularizado gracias a las mejoras introducidas en ciertos dispositivos electrónicos ya existentes -los teléfonos móviles-, y a la aparición de otros similares -las *tablets*-, unido al surgimiento de aplicaciones que permiten dicho tipo de conexión, como *whatsapp* o *facebook*, cuya instalación y utilización es sencilla y gratuita<sup>762</sup>.

Otro factor que ha influido decisivamente en el éxito e implantación generalizada y definitiva de tales mecanismos y vías de comunicación es el perfeccionamiento que ha alcanzado Internet, ya que es la red de comunicaciones sobre la que funcionan todos los dispositivos y canales que hemos mencionado, tanto en cuanto a su capacidad de transmisión como a la velocidad de la misma. Todo ello nos conduce a que, en último término, nos planteemos si la oferta verbal se configura en un categoría que debe ser equiparable a cualquier intercambio establecido entre individuos que, aunque no concurren físicamente en el mismo lugar, reúna las notas de intermediación y continuidad, con independencia de que el lenguaje que utilicen para dicha transmisión sea escrito o verbal<sup>763</sup>. Sin embargo, parte de la doctrina limita la equivalencia expuesta a aquellos procedimientos técnicos en que los intervinientes únicamente usen la oralidad como medio de comunicación y no se sirvan del lenguaje escrito a tales fines<sup>764</sup>.

Las características esenciales de la figura de la oferta verbal, por contraposición a la propuesta realizada por otros cauces, descansan en la celeridad de la transferencia de su contenido desde el emisor hasta el receptor y en la

---

productividad-y-eficiencia-claves-para-el-uso-de-videoconferencias), identifica, entre otros extremos, los beneficios empresariales derivados de utilización de las videoconferencias y las perspectivas de crecimiento. A los efectos de nuestra investigación, dicho informe reveló que el uso de la videoconferencia como herramienta de productividad empresarial está creciendo, sobre todo en los PC's y dispositivos móviles. El principal beneficio de la implementación de videoconferencias es el logro de una mayor eficiencia/ productividad (94%), seguido por el aumento de impacto de las discusiones (88%), mayor celeridad en las decisiones (87%) y la reducción de los costos de viaje (87%).

<sup>762</sup> Según el informe *Telco Trends 2015+*, que elabora *Strategy&*, consultora estratégica de *PwC*, con una cuota de penetración del 70% entre los usuarios de telefonía móvil, España se ha convertido en el cuarto país del mundo en uso de *Whatsapp*, y los españoles son, además, los europeos que más utilizan este popular servicio de mensajería instantánea, por detrás de países como Italia -62% de cuota de penetración, séptimo país del mundo y segundo de Europa-, Holanda -61% de cuota-, y Alemania -57% de cuota de penetración-.

<sup>763</sup> En el plano concreto, la duda que nos surge consiste en la inclusión de las transmisiones realizadas vía *web* o por correo electrónico, siempre que los sujetos se encuentren frente a los instrumentos tecnológicos que utilicen para conectarse – ordenador, fijo o portátil, teléfono móvil o *tablet*, de momento-, de forma que los mensajes se sucedan sin solución de continuidad. El problema estriba en que los citados medios tecnológicos también puedan utilizarse en conversaciones o intercambios en los que se produzca un lapso temporal significativo entre la propuesta inicial y la contestación de su destinatario.

<sup>764</sup> DÍEZ-PICAZO (“*Artículo 18, VVAA La Compraventa...*”, cit., p. 184) explica que ofertas verbales son “[...] todas aquellas en las que no existe un texto escrito de comunicación y en las que, además, no encuentran aplicación las normas sobre el contrato entre personas ausentes. Por consiguiente, debe tratarse de personas que se encuentren ante un sistema de comunicación que permita que las mencionadas comunicaciones sean ininterrumpidas y que no existan intervalos de tiempo entre los diferentes tramos de ella. Por ello, el precepto resulta aplicable no sólo a las contrataciones entre personas presentes, sino también a las comunicaciones telefónicas y a aquellas otras en que se utilice cualquier otro sistema que permita la respuesta inmediata y la comunicación ininterrumpida. No se aplica, en cambio, a aquellas comunicaciones que, aunque sean ininterrumpidas, incorporen a su sistema un texto escrito”.

posibilidad de una respuesta prácticamente instantánea, es decir, sin que se produzca una dilación temporal apreciable entre la proposición inicial y la contestación a la misma y, por tanto, en el establecimiento de un diálogo fluido y continuo<sup>765</sup>. A nuestro juicio, el desarrollo de tecnologías que permiten tal grado de rapidez en la comunicación entre dos o más sujetos ocasiona que el posicionamiento geográfico de los intervinientes deje de ostentar la condición de criterio diferenciador, y ceda su puesto a una clasificación basada en la inmediación de la llegada de la proposición primigenia a su destinatario y de la contestación de éste a su autor.

En la práctica, la distinción entre presentes y ausentes -que algunos autores entendían más correcta entre presentes y distantes- se trasladó, si bien tímidamente, hacia una diferenciación cuyo punto de partida se centra en la manera en que se expresan las diversas manifestaciones de voluntad de los futuros contratantes. Debido al estadio evolutivo de la tecnología, constreñido a sistemas técnicos como el teléfono o el telefax, el criterio sustitutivo se enfocó hacia la oferta verbal en contraposición a la que se realiza por otros medios, dado que sólo aquella que se trasladaba de forma oral, ya obedeciera a la cercanía física de los intervinientes, ya respondiera a la utilización del teléfono, revestía la prontitud necesaria para erigirse en pauta distintiva<sup>766</sup>.

Sin embargo, a nuestro juicio, el imparable progreso científico ha demostrado la rápida obsolescencia de las clasificaciones que se apoyan en los mecanismos de producción, ya que se ven superados continuamente por los frutos de los sucesivos avances. De ahí que apoyemos la conveniencia de que el establecimiento de las categorías responda a divisiones efectuadas con base en los efectos característicos de cada una de ellas, tal y como desarrollaremos posteriormente cuando abordemos la problemática derivada del momento en que debe entenderse producida la perfección contractual, y analicemos las diversas sistematizaciones elaboradas doctrinalmente, así como los criterios fijados legalmente.

Por consiguiente, entendemos conveniente que se revise la diferenciación que distingue entre las propuestas contractuales de naturaleza verbal y las que se llevan a cabo por otras vías, en la medida en que se ha visto superada por los

---

<sup>765</sup> Vid. los comentarios realizados al artículo 2.1.7 de los Principios Unidroit (op. cit., p. 48) en los que se indica que una oferta se considera verbal no sólo cuando se realiza en presencia del destinatario, sino también en todos aquellos casos en que éste puede responder inmediatamente. Esta segunda opción se produce en el supuesto de la propuesta realizada por teléfono o comunicada electrónicamente en tiempo real, por ejemplo, en los *chat rooms*.

<sup>766</sup> SAN JUAN CRUCELAEGUI (op. cit., p. 118) considera que la oferta verbal es aquella que se realiza por cualquier medio que no deja constancia escrita y sea instantánea, y que, según el artículo 18,2) de la Convención de Viena de 1980, la aceptación deberá ser inmediata cuando las partes se comunican en persona o por teléfono, salvo que se desprenda otra cosa de las circunstancias. De este modo, entiende que la regla expuesta no es aplicable a los medios de comunicación instantáneos que utilizan el lenguaje escrito, como el fax o el correo electrónico.

incesantes cambios tecnológicos, y pase a descansar en un factor de diferenciación de carácter neutro<sup>767</sup>. En tanto en cuanto la doctrina y el legislador advierten la importancia de esta materia, consideramos necesario que el concepto de oferta verbal se amplíe de tal forma que acoja todas aquellas propuestas que se produzcan en situaciones en las que la presteza en su transmisión y en la de las eventuales respuestas sea prácticamente instantánea<sup>768</sup>. De este modo, podría devenir superfluo el tipo de lenguaje que las partes utilicen en sus comunicaciones, ya sea escrito, verbal o gestual.

Nos hemos detenido en este punto, porque estimamos que estamos ante una cuestión trascendental que repercute directamente en el aspecto que estamos analizando, la tempestividad de la aceptación, y, por tanto, en el plazo en que debe ser recibida -o, en su caso, conocida- dicha declaración o manifestación del propósito contractual del destinatario de la oferta. Dada la íntima conexión existente entre la perfección del asentimiento del eventual aceptante y la culminación del convenio propuesto, también se reflejará la importancia de la distinción que estamos examinando en el ámbito de la conclusión de los contratos.

Tanto la Propuesta de Modernización del Código Civil como la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit coinciden en exigir<sup>769</sup>, como regla general, que la aceptación de una proposición verbal debe producirse con carácter inmediato, y en permitir una excepción, derivada de que las circunstancias justifiquen un intervalo temporal entre la propuesta inicial y la contestación a la misma. No obstante la concordancia expuesta, la Propuesta de Modernización amplía el ámbito de dicha exclusión, en consonancia con el poder omnímodo que el oferente ostenta sobre su propuesta, de forma que podrá preverse expresamente en la oferta, e incluso deducirse de la misma<sup>770</sup>. A nuestro modo de ver, resulta cuanto

---

<sup>767</sup> Por su parte, ni el *Feasibility study* –artículos 35 versión mayo 2011 y 37 versión agosto 2011-, ni la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea –artículo 36-, ni el artículo 22 del *Contract Code* (McGREGOR, op. cit., pp. 45 y 46) contemplan el supuesto específico de la aceptación de una oferta verbal.

<sup>768</sup> Por su parte, ARROYO I AMAYUELAS, E. (“Formación y perfección del contrato”, VVAA *Derecho Privado Europeo*, Coordinador CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2003, pp. 358) entiende que la oferta oral es la que permite la comunicación ininterrumpida y que la aceptación de tal clase de propuesta debe ser inmediata, salvo pacto en contra, tal y como recogen los artículos 18, 2) de la Convención de Viena de 1980, 2.1.7 de los Principios Unidroit y 11, nº 1 del Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía.

<sup>769</sup> Un pormenorizado contraste entre el artículo 1.250, nº 3 de la Propuesta de Modernización del Código Civil y los artículos 18, 2) de la Convención de Viena de 1980 y 2.1.7 de los Principios Unidroit –versiones 2004 y 2010- arroja como resultado que se aprecien ciertas discrepancias. En este sentido, la citada Propuesta requiere que la contestación del destinatario de la oferta verbal se produzca en el acto, lo que eleva la exigencia de que se produzca inmediatamente, ya que, en este segundo caso, resulta factible que transcurra cierto lapso temporal, por reducido que sea. Sin embargo, creemos que realmente la *ratio* que preside los preceptos reseñados en este aspecto concreto es idéntica, por lo que podemos concluir que el requerimiento es la celeridad de la respuesta, sin perjuicio de que no sea instantánea. La disparidad más notable surge en el ámbito de la excepción, por cuanto los dos precursores de la Propuesta de Modernización que hemos mencionado lo circunscriben al supuesto de que la coyuntura respalde que medie un plazo entre las dos declaraciones de voluntad, mientras que la citada Propuesta también admite que se infiera dicha posibilidad de la oferta.

<sup>770</sup> Por lo que se refiere a la aceptación de la oferta verbal, DíEZ-PICAZO (“Artículo 18, VVAA *La Compraventa...*”, cit., p. 184) interpreta que el precepto no impide que tal clase de oferta pueda, por voluntad del oferente, establecer un plazo para su aceptación. En cuanto a las circunstancias que conduzcan a que la aquiescencia quede diferida, menciona la

menos sorprendente que los demás textos en que se inspira la reforma proyectada por la Propuesta de Modernización no afronten la distinción expuesta<sup>771</sup>, ni sugieran una diferenciación que la reemplace, al apoyarse en otro criterio<sup>772</sup>.

## **2. EXCEPCIÓN: ACEPTACIÓN TARDÍA. CONVALIDACIÓN POR EL OFERENTE**

A pesar de que, conforme a lo expuesto en el apartado anterior, la regla general, tanto para la doctrina como para los diversos proyectos internacionales y nacionales a los que dedicamos nuestra atención en la presente investigación, es la tempestividad de la aceptación para que pueda alcanzar su perfección como manifestación de la voluntad del eventual aceptante, el artículo 1.253, n° 1 de la Propuesta de Modernización del Código Civil permite que la aquiescencia tardía produzca los mismos efectos que una conformidad que sea recibida –o, en su caso, conocida– en plazo; ya sea el fijado por el oferente ya sea el que resulte adecuado a la coyuntura del caso concreto. A tal fin, la norma proyectada exige que el oferente informe de ello al destinatario sin demora, verbalmente o mediante una comunicación en tal sentido<sup>773</sup>.

En la misma dirección, la doctrina mayoritaria también defiende la figura de la denominada aceptación tardía, de modo que la respuesta extemporánea del destinatario de la oferta podrá reputarse eficaz y, por tanto, perfeccionar el contrato<sup>774</sup>. Aunque nuestro Código Civil no dedica ningún precepto a la

---

necesidad para el destinatario de la oferta de recabar información, de tomar contacto con sus propios suministradores o de someter la propuesta a la aprobación de los órganos de la empresa de la que forme parte, pero tales circunstancias deben ser conocidas y no rechazadas por el oferente. Por último, la posposición del asentimiento verbal también puede deberse a las prácticas anteriormente existentes entre las partes en contrataciones de las mismas características.

<sup>771</sup> No sólo carece de regulación la figura de la oferta verbal, sino que, en los comentarios realizados a los PECL (LANDO y BEALE, op. cit., pp. 244 a 246) y al DCFR (op. cit., pp. 319 a 321), no se recoge mención alguna acerca de la misma, ni la más mínima explicación sobre las causas que abonan la ausencia de ese tipo de propuesta.

<sup>772</sup> BOSCH CAPDEVILLA (op. cit., pp. 317 y 318) considera que la regla general del artículo II.- 4:206 del DCFR es que la aceptación deberá llegar al oferente en el plazo que éste haya fijado para que sea efectiva, lo que resulta muy conveniente para el proponente. Asimismo, matizan que, si bien el citado artículo II.- 4:206 no contempla una previsión especial para la aceptación de una propuesta verbal, a diferencia de los artículos 18, 2) de la Convención de Viena de 1980 y 2.1.7 de los Principios Unidroit, no encuentran ninguna razón plausible para que no se aplique la máxima general expuesta, de modo que, a través del diálogo directo entre los intervinientes, el oferente aclarará al eventual aceptante si la respuesta debe ser inmediata o si le concede un plazo.

<sup>773</sup> Al igual que el *Feasibility study* –artículos 36, n° 1 versión mayo 2011 y 38, n° 1 versión agosto 2011–, la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea –artículo 37, n° 1–, el artículo 25, n° 1 del *Contract Code* (MCGREGOR, op. cit., p. 49) y el artículo 16, n° 5 del Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía. Hemos observado que los preceptos citados mantienen una estructura y una dicción semejante a las normas contenidas en la Propuesta de Modernización del Código Civil y en los instrumentos internacionales en las que ésta se inspira, mientras que los artículos del *Contract Code* y del Código Europeo de Contratos equiparan el supuesto de la aceptación tardía al caso en el que la aquiescencia del eventual aceptante no se adecúe a la forma, modalidades y procedimiento previstos en la oferta.

<sup>774</sup> BOSCH CAPDEVILLA (op. cit., p. 321) afirma que la regla del artículo II.- 4:207 del DCFR, que permite conceder eficacia a una aceptación tardía, plantea el problema de la calificación jurídica de dicha situación. Las dificultades devienen de que la teoría de la recepción provoca que el aceptante no pueda tener la seguridad de que su contestación llegue dentro del intervalo señalado o razonable a tal fin, y que todo dependerá del medio que haya elegido para enviarla. La ley otorga al oferente la facultad de prorrogar la vigencia de su propuesta, y conceder eficacia a una oferta que llegue cuando ha finalizado la misma. Por todo ello, los citados autores no estiman correcto afirmar que la respuesta del destinatario de la



tempestividad de la aceptación ni a la conformidad extemporánea, la dicción literal del vigente artículo 1.262 parece oponerse a la posición doctrinal mencionada<sup>775</sup>. En este sentido, el asentimiento que llega –o se conoce– una vez haya transcurrido el periodo temporal señalado o inferido para aceptar supone que se ha recibido –o, en su caso, tomado conocimiento– cuando ha finalizado la duración de la oferta. En consecuencia, la propuesta inicial se habrá extinguido, de tal modo que no podrán concurrir la oferta y aceptación necesarias para el nacimiento del consentimiento contractual y, por ende, para que se entienda concluido el contrato<sup>776</sup>.

Sin perjuicio de la exégesis realizada del precepto reseñado, que, a nuestro juicio, es impecable, la mayoría de los autores considera que el establecimiento de un plazo máximo de vigencia de la oferta y, por consiguiente, de un lapso temporal concreto para que recaiga la aprobación de su destinatario se instrumenta para preservar la posición del autor de la propuesta inicial, por lo que, dentro del poder omnímodo que ostenta sobre aquélla, puede renunciar a dicho beneficio y conferir eficacia a una aceptación intempestiva<sup>777</sup>. Ahora bien, se llama la atención sobre la posible manipulación de esta figura con fines maliciosos y, en aras al respeto del *principio de la buena fe* –presente en todas las fases del *iter* contractual–, acerca de la necesidad de realizar una adecuada composición de los intereses de ambos intervinientes.

El remedio para la consecución de semejante objetivo se plasma en la exigencia de que, con carácter inmediato, el proponente comunique al hipotético aceptante que ha decidido otorgar eficacia a su respuesta extemporánea. En caso contrario, el receptor de la oferta, que, en ocasiones, dudará si su contestación es tempestiva o no, puede inferir que no se admitió como aceptación y contratar con un tercero<sup>778</sup>. Se insiste en la rapidez con que el oferente debe informar de la aprobación de la aceptación retardada, hasta el punto de que el eventual aceptante podrá rehusar la conclusión del contrato si el proponente incurre en un retraso imputable a su actuación<sup>779</sup>. En consecuencia, se requiere la elección de medios de

---

propuesta inicial que se reciba fuera de plazo constituye una contraoferta, sino una aceptación cuya eficacia depende de diversas circunstancias: la rapidez en la transmisión, y, en última instancia, la decisión del oferente.

<sup>775</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ, op. cit., pp. 187 y 188.

<sup>776</sup> En esta línea, y a pesar del reconocimiento de la aceptación tardía, ARROYO I AMAYUELAS (op. cit., p. 358) indica que una contestación retardada no debería calificarse como aceptación, puesto que la oferta se extingue si no hay respuesta en el plazo requerido para ello.

<sup>777</sup> Díez-PICAZO, “Fundamentos ...”, cit., p. 386.

<sup>778</sup> Díez-PICAZO (“La formación del...”, cit., p. 29) manifiesta que “Es claro que una regla con este sentido opera a favor de la formación del contrato, puesto que lo facilita, pero es igualmente claro que tiene que adoptarse con algunas cautelas, porque, como se ha dicho, permite especiales actividades especulativas del oferente, cuando éste retrasa su asentimiento a la aceptación tardía en espera de mejores oportunidades de negocios. Puede ocurrir también lo contrario. Cuando el mercado está funcionando contra él, hacer efectiva una aceptación tardía puede resultar muy favorable para él y perjudicial para el aceptante. Por ello, una regla de efectividad de las aceptaciones tardías debe preservar los intereses de las dos partes”.

<sup>779</sup> MALO VALENZUELA (op. cit., pp. 2261 y 2262) expone que la regla de la caducidad de la oferta está establecida en provecho del oferente, por lo que la posibilidad de las aceptaciones tardías debe preservar adecuadamente los objetivos de ambas partes. Por consiguiente, si el eventual conoce el retraso de su contestación y no recibe en un plazo inmediato

transmisión que conlleven grandes dosis de celeridad, aunque la doctrina asuma que el oferente puede informar al aceptante mediante una comunicación verbal o escrita y sin sujetarse al medio de comunicación que éste hubiera empleado<sup>780</sup>.

Sin embargo, otro sector doctrinal minoritario rechaza la posibilidad de dotar de efectos a la respuesta que llega al autor de la propuesta inicial una vez que ha expirado su plazo de vigencia, y estima que sólo puede constituir una contraoferta, por lo que, obviamente, precisa la aceptación del oferente primigenio<sup>781</sup>. Además del sustento que encuentra en la interpretación que expusimos anteriormente del artículo 1.262 del Código Civil, los partidarios de esta tesis entienden que se garantizan más equilibradamente los intereses de todas las partes y, en consecuencia, la seguridad del tráfico. El paradigma de esta postura se localiza en el ordenamiento jurídico alemán, que valora totalmente ineficaz la contestación que llegue al oferente cuando ha caducado la oferta, a menos que el retraso obedezca a causas no imputables al aceptante, pero reconoce su posible efectividad como contraoferta<sup>782</sup>.

Por lo que se refiere a la naturaleza de la notificación que el oferente debe remitir al teórico aceptante para reputar eficaz a la respuesta que le llegó con retraso, el sector doctrinal que apoya dicha posibilidad estima que estamos ante un acto de voluntad por parte del oferente, a través del que muestra su conformidad con la aceptación retardada. De acuerdo con ese planteamiento, dicha comunicación supondría la convalidación de una aceptación inválida o nula, por extemporánea. Además, se ha planteado la posibilidad de su caracterización como condición suspensiva para la celebración del contrato, dado que mientras el oferente no remita su ratificación, la contestación intempestiva permanece ineficaz y, por tanto, el contrato no se perfeccionará<sup>783</sup>.

Hemos de poner de relieve la relevancia del debate doctrinal planteado, por cuanto trasciende del plano meramente teórico y repercute de forma notoria en

---

ninguna comunicación del oferente, puede entender que su respuesta no es efectiva, que no se encuentra vinculado al proponente, y, en consecuencia, que puede cerrar otros negocios. En resumen, la razón de exigir que la convalidación del oferente se realice sin dilación es, precisamente, la protección de los intereses del destinatario de la propuesta inicial.

<sup>780</sup> CUADRADO PÉREZ, “*Oferta, aceptación, ...*”, cit., p. 194.

<sup>781</sup> ARROYO I AMAYUELAS (op. cit., p. 358) plantea que, cuando el oferente admite una aceptación extemporánea, surge la cuestión de determinar si su conformidad convalida una aceptación que ya era nula cuando se emitió, o si, en realidad, constituye la aceptación de una contraoferta. Además, añade que es nulo el asentimiento que se envía fuera de plazo, pero no lo es el que se remite tempestivamente, pero que, pese a todo, llega una vez extinguida la oferta., a no ser que la mora sea imputable al eventual aceptante por haber escogido un medio de comunicación lento.

<sup>782</sup> MORENO QUESADA, “*La oferta de...*”, cit., pp. 152 a 154. Por su parte, MARTÍNEZ GALLEGU (op. cit., pp. 105 y 106) precisa que en el caso de que la aceptación tardía se configure como contraoferta, “[...] encontramos una nueva excepción al principio general de que el silencio no se puede entender como aceptación, puesto que, como consecuencia de la nueva oferta, surge para el primitivo oferente la obligación de contestar ya que ahora se ha convertido en destinatario de la propuesta. Si este guarda silencio se considera, a tenor del parágrafo 242 BGB, que acepta. Su fundamento lo hallan en los tratos previos en que las partes han entrado y que obligan al receptor de la nueva oferta a contestar, en virtud de la buena fe y la costumbre del tráfico negocial”.

<sup>783</sup> CUADRADO PÉREZ, “*Oferta, aceptación, ...*”, cit., pp. 195 y 196.

relación, por lo que nos atañe en la presente investigación, al momento de culminación del proceso de formación contractual<sup>784</sup>. De acuerdo con la tesis de los autores que defienden la concesión de eficacia a una aceptación que llega retrasada al oferente en virtud de la sola decisión de éste, que está asentada mayoritariamente, la perfección del convenio propuesto se determinará en función de la llegada de la aceptación tardía al oferente, por lo que carece de valor alguno el momento de la recepción del aviso por el aceptante. Por esta razón, algunos autores consideran que la comunicación remitida por el proponente reviste cierto carácter retroactivo<sup>785</sup>.

En cuanto a los instrumentos de referencia para la Propuesta de Modernización del Código Civil, podemos detectar una clara concomitancia en la perspectiva adoptada respecto a esta posibilidad con relación tanto a la Propuesta de Modernización del Código Civil como a la doctrina patria. La semejanza es muy acusada entre la citada Propuesta de Modernización y el artículo 21 de la Convención de Viena de 1980<sup>786</sup>, pero se aprecia una similitud aún mayor con los Principios Unidroit –artículo 2.1.9–, aunque estos últimos no se refieren al envío de una comunicación al destinatario, sino a que el oferente debe “notificarle”, si bien en los comentarios se usa la primera expresión<sup>787</sup>.

Se observan mayores divergencias en la redacción utilizada por el artículo 2:207 de los PECL, pero, a efectos de la interpretación de las mismas, hemos de indicar que, como en ocasiones anteriores, los propios comentaristas de dicha propuesta armonizadora aseguran que la norma en cuestión es idéntica a sus homólogas en la Convención de Viena de 1980 y en los Principios Unidroit<sup>788</sup>. En

---

<sup>784</sup> MORENO QUESADA, “*La oferta de...*”, cit., p. 152.

<sup>785</sup> MARTÍNEZ GALLEGÓ, op. cit., pp. 107 y 108 y DÍEZ-PICAZO (“Artículo 21”, VVAA *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998, pp. 197 a 199), quien entiende que la comunicación del oferente es un acto de aprobación y de conformidad de éste, que otorga eficacia a la aceptación tardía, por lo que, como señalan la mayor parte de los comentaristas, “[...] al dotarse de efectividad a la aceptación tardía, el contrato no queda formado con la remisión o con la recepción de la declaración de conformidad o de aprobación, sino con la llegada de la aceptación tardía, de manera que la aprobación o conformidad posee, en ese sentido, un cierto carácter retroactivo”.

<sup>786</sup> DÍEZ-PICAZO (“Artículo 21”, VVAA *La Compraventa ...*”, cit., pp. 197 a 199) señala que “La regla de la efectividad de las aceptaciones tardías por comunicación rápida del oferente aparecía ya en el apartado primero del artículo 9 de la LUFC, según el cual, si la aceptación es tardía, el oferente puede todavía considerarla como llegada a su debido tiempo, a condición de que lo informe así al aceptante oralmente o mediante el despacho de tal noticia” y añade que el artículo 21, 1) de la Convención de Viena de 1980 sólo ha introducido variantes de redacción. En el mismo sentido, y del mismo autor, “*La formación del...*”, cit., pp. 29 y 30 y “*¿Una nueva doctrina general...*”, cit., p. 1716.

<sup>787</sup> En los comentarios realizados por los redactores al precepto 2.1.9 (op. cit., pp. 49 y 50) se reconoce la coincidencia con el artículo 21 de la Convención de Viena de 1980. Por lo que se refiere al momento de perfección del contrato, si el oferente decide considerar la aceptación tardía como si la hubiera recibido a tiempo y que surta efecto, debe, sin demora injustificada, informar de ello al destinatario o enviarle una notificación en tal sentido. En este caso, “[...] el contrato se considerará perfeccionado en el momento en que la aceptación tardía llega al oferente y no cuando el oferente informa al destinatario su intención de considerar válida la aceptación tardía”.

<sup>788</sup> LANDO y BEALE (op. cit., pp. 246 a 248) explican que, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 2:206 de los PECL, el oferente puede admitir una aceptación tardía, de lo que debe informar sin demora al destinatario de la oferta. En tal caso, el contrato existirá desde el momento en que el oferente haya recibido la aceptación y el destinatario de la oferta resulta obligado desde ese momento por su aceptación. La comunicación no necesita ser una declaración expresa de aceptación, sino que puede bastar para que el contrato surta efecto el envío del importe de lo adquirido por giro telegráfico, que llega al destinatario tan rápido como una comunicación. El último dato a destacar consiste en que los propios comentaristas

línea con lo que hemos analizado con relación a otros preceptos, el artículo II.- 4:207 es una traducción casi literal del precepto análogo de los PECL, por lo que no entendemos necesario añadir ninguna otra consideración.

A pesar de las afinidades que hemos señalado, que se pueden corroborar mediante el contraste de la dicción literal de las diversas normas reseñadas, y a través de la lectura de los análisis doctrinales llevados a cabo por reputados expertos en la materia, algunos autores discrepan en el aspecto más sensible de la figura de la aceptación tardía. Nos referimos al momento en que adquiere efectividad dicha declaración o manifestación y, en consecuencia, a los efectos que cabe atribuir a la notificación que el proponente dirige al eventual aceptante para informarle de que ha decidido valorar su respuesta como una verdadera aceptación, aunque haya llegado con posterioridad a la finalización de la vigencia de la oferta.

De este modo, dichos especialistas entienden que la conclusión del contrato proyectado por el oferente se traslada al momento en el que el autor de la proposición inicial remite al destinatario de la misma una comunicación mediante la que le informa de la validez de su respuesta como asentimiento contractual<sup>789</sup>. Por consiguiente, la aceptación intempestiva sólo desplegará su eficacia a partir de tal instante, y no desde su recepción –o, en su caso, conocimiento– por el proponente<sup>790</sup>. Obviamente, esta teoría supone retrasar la perfección contractual, lo que podría aligerar la carga que se le asigna al hipotético aceptante a causa de la exigencia de la tempestividad de la aceptación, ya que debe cuidar de que ésta sea recibida –o sea conocida– por el oferente en el tiempo señalado al efecto<sup>791</sup>.

A nuestro juicio, cualquiera de las dos posturas doctrinales existentes merece una evaluación positiva, dado que los argumentos en que descansan son rigurosos y de perfecta aplicación al caso expuesto. Sin embargo, nos inclinamos por apoyar la tesis mayoritaria, que, como ya hemos expuesto, también preconizan la Propuesta

---

aclaran que, aunque algunos ordenamientos consideran que una aceptación tardía puede entenderse como una nueva oferta, que el oferente puede aceptar en el plazo previsto para la aceptación, que normalmente es mayor que el existente para informar de la efectividad de una aceptación tardía, los PECL no siguen esa corriente.

<sup>789</sup> PERALES VISCASILLAS (*“La formación del ...”*, cit., p. 224) afirma que “La última de las excepciones al principio de llegada como regla general a la efectividad de la aceptación en el texto uniforme es la contenida en el párrafo 1º del artículo 21 CNUCCIM que entiende que el contrato se perfecciona en el momento en que el oferente envía una comunicación escrita informando al aceptante, que remitió su declaración extemporáneamente, de la efectividad de su declaración. Se acoge, pues, la *teoría de la expedición* para declarar la efectividad del contrato en esas específicas circunstancias”, si bien la propia autora reconoce que ese momento es controvertido en la doctrina uniforme.

<sup>790</sup> Igualmente, SAN JUAN CRUCELAEGUI (op. cit., p. 125) considera que el artículo 21, 1) de la Convención de Viena de 1980 acoge la *teoría de la expedición* para declarar la efectividad del contrato, de forma que éste se perfecciona en el momento en que el oferente envía una comunicación escrita mediante la que informa de la validez de la aceptación tardía a su autor, que la remitió fuera de plazo.

<sup>791</sup> MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS (op. cit., p. 624) señala que si se entendiera que la perfección se produce cuando el eventual aceptante recibe la comunicación del proponente por la que le informa de que admite su asentimiento tardío se produciría un retraso de la consumación contractual contrario a lo dispuesto en la norma. Asimismo, añade que la exigencia de la comunicación sin demora por parte del oferente está plenamente justificada, ya que es factible que el contrato exista sin que el destinatario sepa aún si su respuesta tardía es válida o no.

de Modernización del Código Civil y sus antecedentes, dado que esta eventualidad obedece a una defensa del favorecimiento de la conclusión del contrato<sup>792</sup>, y, por tanto, perdería su virtualidad si se propugnase el retardo de su perfección hasta el momento en que el oferente decida enviar la convalidación de la aquiescencia extemporánea al expectante aceptante.

Además, se otorga al proponente la facultad de hacer surtir efectos a la aceptación intempestiva, por lo que éste podría retrasar intencionadamente el envío de semejante comunicación en espera del instante que le sea más favorable para culminar el proceso de formación del convenio propuesto, *v.gr.* en el caso de que el precio de los bienes fluctuasen permanentemente, como los valores mobiliarios, ciertas materias primas, etc. De hecho, todas las normas examinadas exigen que el oferente informe sin dilación a la contraparte, precisamente para evitar eventuales manipulaciones por el primero<sup>793</sup>.

En consecuencia, entendemos que se logrará un mayor equilibrio entre los intereses de ambos intervinientes si la perfección contractual se mantiene sometida al *principio de llegada*, es decir, que siga situada en el momento en que la contestación del destinatario de la oferta se reciba –o se conozca– por el autor de esta última. Por otra parte, la alternativa de diferir la celebración del contrato a la remisión de una comunicación por el proponente se nos asemeja, en cierta medida, a la posición adoptada por un sector doctrinal minoritario, apoyada en la regulación de otros sistemas jurídicos de nuestro entorno. De acuerdo con esa teoría, se identifica la aceptación retardada con una contraoferta y la convalidación del oferente con la aceptación de esta última, por lo que la perfección contractual se retrasa aún más, es decir, hasta que la aquiescencia del proponente primigenio es recibida –o conocida– por el primitivo aceptante<sup>794</sup>.

---

<sup>792</sup> MALO VALENZUELA (op. cit., pp. 2259 y 2260) manifiesta que “En definitiva, se haya fijado o no un plazo de vigencia de la oferta, la aceptación de ésta debe llegar en un plazo adecuado, por lo que es el aceptante el que corre con los riesgos por pérdida o retraso de la comunicación, de forma que «al cargar al aceptante los riesgos por la transmisión, se le mueve a procurarla por un medio adecuado». Sin embargo, los textos de Derecho Uniforme introducen una novedad significativa en sus respectivos articulados; la de permitir la efectividad de las aceptaciones que han sido realizadas de forma intempestiva, con ciertas cautelas y tratando de garantizar debidamente los intereses de ambas partes (...) sin perjuicio de mantener la plena validez de la regla general de ineficacia de las aceptaciones realizadas de forma intempestiva, se introducen ciertos matices con el fin loable de permitir la conservación del contrato. Para ello, tales textos distinguen claramente dos supuestos diferentes, según que el retraso en la transmisión de la comunicación en la que se manifiesta la aceptación de la oferta sea imputable al que la realiza o a los medios de transmisión a través de los cuales la realiza”.

<sup>793</sup> SAN JUAN CRUCELAEGUI (op. cit., pp. 117 y 118) señala que la tempestividad de la aceptación hace recaer el riesgo de la tardanza en la transmisión de dicha declaración sobre el destinatario de la oferta, que se concreta en que no llegue a celebrarse el contrato a causa del retraso. Sin embargo, el citado autor entiende que constituiría una incertidumbre más grave que el oferente poseyera la posibilidad de convalidar o rechazar el asentimiento que ha padecido un retardo en su llegada mientras se producía un cambio radical en las condiciones del contrato. Afirma que los tribunales se han opuesto, acertadamente, a los intentos de uno de los intervinientes de especular a costa del otro en el caso de que una decisión tardía imponga el cumplimiento de un contrato cuando éste resulta más ventajoso debido a las fluctuaciones del mercado.

<sup>794</sup> PERALES VISCASILLAS (“Formación, VVAA Comentario...”, cit., pp. 138 y 139) explica que en los comentarios al artículo 2.1.9 de los Principios Unidroit, los redactores consideran que el contrato se perfecciona en el instante en que la aceptación tardía llega al oferente y no cuando éste informa al eventual aceptante de su intención de considerar válida dicha

Por último, sólo nos resta por abordar una serie de consideraciones que no han sido objeto de pormenorizados análisis por los eruditos dedicados a la presente materia, pero que estimamos oportuno destacar para poder valorar debidamente el alcance de la figura de la aceptación tardía. En este sentido, queremos señalar la propia delimitación del supuesto que estamos examinando, es decir, si el asentimiento retrasado se refiere exclusivamente a aquella declaración o manifestación que se recibe por el oferente una vez ha expirado la duración de la propuesta inicial, pero que se emite con anterioridad a dicho vencimiento, o si también incluye a la conformidad formulada tras la finalización de la vigencia de la propuesta primigenia<sup>795</sup>.

A nuestro juicio, el supuesto paradigmático de la aceptación tardía es aquella situación en la que el destinatario de la oferta, por razones que no afectan al resultado de este razonamiento, envía su conformidad al autor de la propuesta primitiva en una fecha cercana a la expiración del plazo para la aceptación. La consecuencia de esa actitud, que pudiéramos calificar como poco diligente, es que el oferente recibe el asentimiento una vez finalizada la duración de la oferta, pero tal voluntad surge y se remite antes del término final. Por esta razón, se concede al proponente la facultad de conferir eficacia a dicha aquiescencia. Igualmente, estimamos que carece de lógica jurídica extender dicha posibilidad a la hipótesis en que el destinatario de la oferta emita su declaración con posterioridad a la terminación del periodo establecido al efecto, o al que resulte razonable atendidas todas las circunstancias de la coyuntura concreta. En tal caso, es obvio que el asentimiento llegará al oferente de forma totalmente extemporánea.

No obstante la exposición anterior, la dicción literal de la Propuesta de Modernización del Código Civil y la de los instrumentos internacionales que utiliza como referentes, así como las diversas posiciones doctrinales sobre la aceptación tardía, coadyuvan a la consideración de que dicha figura engloba todos los

---

aquiescencia. Sin embargo, la citada autora afirma que esos comentarios se contradicen con la redacción del precepto mencionado, que indica que la perfección contractual se produce en función de la teoría de la expedición. Según esta experta en la materia, la causa de tales comentarios radica en que siguen la interpretación que hizo la Secretaría de la UNCITRAL respecto al artículo 19 del Proyecto de Convención sobre Compraventa de 1978, que se corresponde con el actual artículo 21, 1) de la Convención de Viena de 1980, pero considera que dicha exégesis carece de todo fundamento si se atiende a la historia legislativa del citado artículo de la Convención vienesa y, además, contradice el tenor literal del mencionado precepto.

<sup>795</sup> BOSCH CAPDEVILLA (op. cit., p. 321) se pregunta si una aceptación que se ha emitido ya fuera de plazo puede tener eficacia, es decir, cuando el aceptante sabe que la oferta no está vigente porque ha finalizado su duración. Además, distingue esa hipótesis del supuesto en que el asentimiento se produce poco antes de acabar la vigencia de la propuesta inicial, en cuyo caso puede surgir la duda de si llegará al oferente a tiempo. El artículo II.- 4:207 del DCFR se refiere simplemente a la aceptación tardía –al igual que la Propuesta de Modernización del Código Civil y sus predecesores–, por lo que el citado autor opina que tienen cabida las dos interpretaciones posibles. De este modo, podemos entender, por una parte, que la conformidad realizada una vez extinguida la oferta no es genuina aceptación al no existir la proposición inicial por caducidad de la misma, por lo que esta alternativa no encontraría cobijo en el precepto mencionado. Por otra parte, también puede entenderse que el oferente decide prorrogar la vida de su propuesta, y que la convalidación que realice de una aquiescencia que recibe tras la extinción de aquella no es sino un aplazamiento temporal *a posteriori* de su validez.

supuestos en que la aceptación es extemporánea y, por tanto, cuando se recibe por el proponente una vez se ha extinguido el intervalo fijado o, en su defecto, prudencial para la llegada de la aceptación, con independencia de si se formula o no durante el curso de dicho lapso<sup>796</sup>. A diferencia de esta situación, en el apartado posterior examinaremos un supuesto en el que se exige que dicha conformidad se emita y envíe dentro del plazo, establecido o inferido a tal fin, pero que, a pesar de todo, llega retrasada.

En puridad, esta postura es plenamente coherente con el criterio de perfección de la aprobación por parte del receptor de la oferta, que, para los textos reseñados, se plasma en el *principio de llegada*. Asimismo, tampoco perdería ni un ápice de congruencia si se propugnara el *criterio de la cognición*. En conclusión, el momento en que el teórico aceptante emite su aprobación no es relevante a efectos de la tempestividad de dicha declaración, ni, por tanto, para la admisión de la misma como aceptación tardía<sup>797</sup>. Por consiguiente, la potestad que ostenta el oferente sobre la concesión o no de eficacia a la conformidad de la contraparte es, a nuestro juicio, superior a la que se desprende de la lectura de los preceptos mencionados y de los diferentes estudios doctrinales, dado que, según su libre arbitrio y discrecionalidad, podrá estimar efectiva la respuesta del eventual

---

<sup>796</sup> MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS (op. cit., p. 624) reflexiona acerca de los casos que aborda la Propuesta de Modernización del Código Civil, y entiende que el supuesto de hecho previsto en el artículo 1.253, n° 2 se refiere a una aceptación que se emite y envía durante el periodo de vigencia de la oferta –establecido expresamente o uno razonable–, pero que, por causas ajenas al destinatario, no llega a tiempo. El artículo 1.253, n° 1 contempla el caso de que el asentimiento se reciba por el oferente una vez finalizada la duración de su propuesta, pero no se pronuncia sobre si se formula o no antes de esa fecha. El autor mencionado se plantea si podría entenderse que ese silencio de la Propuesta de Modernización del Código Civil supone atribuir al proponente la decisión sobre la admisión o no de esa contestación del destinatario. Asimismo, también considera que, en contraste con la hipótesis del segundo párrafo, podría defenderse que la convalidación posterior del ofertante es posible tanto si la aceptación se ha emitido en plazo como fuera del mismo. Sin embargo, este autor entiende que si se admite la posibilidad de que el autor de la oferta pueda ratificar la aquiescencia emitida después de que se haya extinguido la propuesta inicial, supondría acoger la concepción de que se prorroga la vida de la oferta, pero, en puridad, no cabría dicha moratoria porque dicha proposición ya expiró. Por consiguiente, si, pese a todo, el proponente convalida la conformidad retrasada, en realidad esta declaración se configuraría como una contraoferta, lo que no afectaría al contenido de las proposiciones formuladas por los intervinientes, pero sí al momento de la perfección contractual. Finalmente, y como consecuencia de todos los razonamientos anteriores, el citado autor concluye que la aceptación tardía imputable al aceptante, prevista en el primer párrafo del artículo 1.253, implica que se emite en plazo, pero que llega al proponente cuando ha transcurrido el periodo establecido o razonable, y bajo la responsabilidad del destinatario de la oferta.

<sup>797</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., pp. 186 a 190) distinguen tres supuestos: la aceptación que se emite y expide después del transcurso del plazo establecido por la ley o por el oferente; la aquiescencia que se formula y expide a tiempo, pero que llega al oferente una vez finalizada la duración de la oferta por culpa del aceptante; y el mismo caso que el anterior pero sin responsabilidad atribuible al destinatario de la oferta. La última hipótesis se analizará en el siguiente apartado, por lo que nos centraremos en las dos primeras. En la primera de ellas, los citados autores consideran evidente que no puede hablarse de una aceptación eficaz, ni, por tanto, de la existencia de un contrato, ya que aquélla requiere una oferta válida a la que referirse y no lo es la propuesta inicial que ha caducado. A lo más, estiman que podrá hablarse en este caso de que ese asentimiento retrasado constituya una nueva oferta, que, para su eficacia, precisará ser aceptada a su vez por el primitivo oferente. Asimismo, afirman que la solución expuesta es la correcta, con independencia de que acudamos al criterio de la emisión o declaración, a la teoría de la expedición, al principio de llegada o a la exigencia de la cognición, por cuanto si la intención de aceptar se ha emitido o expedido fuera de plazo, con mayor razón llegará al oferente, o a su conocimiento, en forma extemporánea. Sin embargo, en el segundo supuesto, la solución varía en función de la tesis que sigamos con relación al momento de perfección contractual. De este modo, la presente hipótesis se convertiría, en los sistemas de la recepción y cognición, en el primer supuesto examinado, y la aceptación tardía sería ineficaz. En cambio, en los ordenamientos que se basan en la doctrina de la declaración y de la expedición, la aceptación expedida a tiempo es eficaz para generar el contrato, y cualquier retraso en la comunicación de la voluntad no afectaría a la validez del contrato ya perfeccionado.

aceptante, cualquiera que sea el momento en el que éste la haya formulado y expedido y en el que aquél la haya recibido.

Asimismo, también creemos conveniente detenernos en la entidad del retraso que puede padecer la aceptación tardía, es decir, si dicho retardo debe ser mínimo o puede revestir carácter sustancial debido a su extensión en el tiempo<sup>798</sup>. Ni la Propuesta de Modernización del Código Civil ni los textos de Derecho Uniforme en que se inspira aluden a esta circunstancia, que, en nuestra opinión, reviste suma importancia. De este modo, parece que a los autores de las diversas propuestas armonizadoras del Derecho Contractual les resulta indiferente que la tardanza de la respuesta del destinatario de la oferta sea mayor o menor. Por consiguiente, será el oferente el que, de acuerdo con sus exclusivos intereses, decida si dicha contestación, con independencia de la tardanza que encierre, merece o no la concesión de la efectividad de una genuina aceptación tempestiva<sup>799</sup>.

Por último, queremos abordar la imputabilidad del atraso con que el oferente recibe la conformidad del receptor de su propuesta, en la medida en que, expresamente, ninguna de las normas examinadas alude a este extremo. Sencillamente, se limitan a prever la aceptación tardía y a reconocer la licencia que se confiere al oferente en tal supuesto<sup>800</sup>. Sólo si comparamos la previsión que estamos analizando -recogida en el primer párrafo de tales preceptos- con la hipótesis contemplada a continuación -que analizaremos en el próximo apartado-, podemos inferir que la aceptación tardía engloba cualquier supuesto en el que la contestación del destinatario de la oferta llegue al proponente una vez haya expirado la duración de la oferta, sin que revista importancia la razón de semejante retraso, salvo por defectos en la transmisión de tal respuesta.

En consecuencia, no parece resultar decisivo que el retraso obedezca a la culpa o negligencia del eventual aceptante y, por tanto, le sea imputable, o que responda a circunstancias ajenas a dicho interviniente. Por el contrario, la doctrina suele entender que, en el presente supuesto, la dilación es causada por el teórico aceptante, mientras que, en el siguiente supuesto que examinaremos, la

---

<sup>798</sup> DÍEZ-PICAZO (*"Artículo 21"*, *VVAA La Compraventa ...*", cit., pp. 197 a 199) explica que la norma analizada no contempla si el retraso ha de ser no sustancial o si puede aplicarse la norma cualquiera que sea la consideración que el retraso merezca, por lo que lo decisivo no es tanto la consideración del retraso en sí mismo como la rapidez del oferente en la comunicación del asentimiento.

<sup>799</sup> BOSCH CAPDEVILLA (op. cit., p. 321) indican que la potestad que se concede al autor de una oferta de prorrogar la vigencia de la misma y dotar de efectos a una aceptación que recibe una vez finalizada esa duración, es a su libre arbitrio.

<sup>800</sup> En línea con nuestra opinión, DÍEZ-PICAZO (*"Artículo 21"*, *VVAA La Compraventa ...*", cit., pp. 197 a 199) expone que el precepto no entra en considerar cuáles deben ser las causas del retraso, ni en la imputabilidad o falta de imputabilidad de las mismas al oferente. También valoramos muy interesante destacar que, para el citado autor, esta regla también se aplica a las aceptaciones que contengan desviaciones respecto de la oferta. Si éstas no son esenciales, tienen eficacia como aceptaciones, y si lo son, porque el asentimiento del oferente rechaza su consideración como contraoferta.



extemporaneidad procede de contingencias extrañas a aquél<sup>801</sup>. Sin embargo, los autores no profundizan en la descripción de los argumentos que respalden la rotundidad de dicho aserto, y, de hecho, suelen servirse de esta conclusión como punto de partida sin mayores consideraciones<sup>802</sup>.

En nuestra opinión, la consagración normativa de la figura de la aceptación tardía es plenamente compatible con nuestra tradición jurídica y con la de los sistemas normativos pertenecientes a la órbita romanista, sin perjuicio de la diferente naturaleza jurídica que le atribuyen los ordenamientos de corte germanista<sup>803</sup>. Además, todos los textos que han pretendido suministrar cierto grado de coherencia interna al Derecho contractual, y conciliar las dos culturas jurídicas imperantes en la civilización occidental, apoyan sin ambages la validez del asentimiento extemporáneo, a pesar de que la regla general sea la tempestividad del mismo<sup>804</sup>.

Las razones que avalan el reconocimiento generalizado de esta figura descansan en diferentes concepciones, pero compatibles, ya que tan admisible es que defendamos el poder omnímodo del oferente sobre su propuesta, de forma que

---

<sup>801</sup> MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS (op. cit., p. 623) entiende que la solución sobre la admisión de la aceptación tardía en la Propuesta de Modernización del Código Civil es diversa en función de que la duración de la oferta se haya establecido expresamente o, por el contrario, deba acudirse a un plazo razonable. En el primer caso, que el citado autor cree que se corresponde con el que estamos examinando en este apartado, entiende que la determinación de la vigencia conlleva una actitud diligente por parte del oferente, por lo que deberá comunicar sin dilación que admite la aceptación tardía. Sin embargo, en el segundo caso, que dicho autor equipara con el supuesto que analizaremos en el próximo apartado, la respuesta del destinatario será válida si el proponente guarda silencio y no muestra su voluntad en contra. El autor mencionado concluye que la distinción planteada se adecúa a la lógica, por cuanto valora la concurrencia o no de culpa o, al menos, de falta de diligencia del eventual aceptante. En nuestra opinión, de acuerdo al tenor literal del artículo 1253, la Propuesta de Modernización del Código Civil no diferencia los dos supuestos que regula según que el proponente haya fijado o no explícitamente el plazo máximo de la propuesta inicial, y mucho menos entendemos que dicha diferenciación contemple la actuación culposa o no del destinatario de dicha proposición.

<sup>802</sup> MALO VALENZUELA (op. cit., p. 2260) asegura que la Convención de Viena de 1980, los Principios Unidroit y los PECL parten de la presunción de que el aceptante es el causante de la caducidad de la oferta, presumiéndose que envía tarde su contestación. En opinión del citado autor, esa circunstancia supone atribuir al oferente la carga de comunicarle la convalidación de su declaración en el supuesto de que aspire a que esa aquiescencia retrasada, que es ineficaz por la pérdida de vigencia de la oferta, llegue a producir efectos como una genuina aceptación. A nuestro modo de ver, al proponente no se le traslada ningún gravamen, sino que, muy al contrario, se refuerza su amplio poder de disposición sobre su propuesta. Por su parte, DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos ...*”, cit., p. 387) considera que si la tardanza es imputable al medio de comunicación –supuesto del siguiente apartado–, es lógico que efecto general sea la admisión de la aceptación, sin necesidad de una declaración convalidante por parte del oferente. *Sensu contrario*, si el hipotético aceptante es responsable del retraso, la efectividad de su asentimiento requiere la concurrencia de una voluntad que la admita.

<sup>803</sup> FERRARI (op. cit., p. 147) asegura que la regla general válida para la mayor parte de los ordenamientos jurídicos es que la aceptación tardía se considera como una nueva propuesta por parte del destinatario de la oferta primigenia, y señala como ejemplos la legislación austriaca –§ 862 ABGB–, la alemana –§ 150, n° 1– y la yugoslava –art. 43, n° 1, ley sobre obligaciones–. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con semejante aserto, ni tampoco con la conclusión a la que llega el citado autor con relación a la postura de los ordenamientos italianos y americano. Explica que en dichos sistemas el principio imperante es el contrario, de forma que el oferente podrá considerar eficaz una aquiescencia retrasada siempre que advierta inmediatamente a la otra parte, de lo que infiere, equivocadamente, que dicha contestación no se configura como una genuina aceptación sino como una nueva oferta con idéntico contenido.

<sup>804</sup> MALO VALENZUELA (op. cit., pp. 2262) explica que la solución de la aceptación tardía, mediante la que se permite al oferente convalidarla, pretende introducir un cierto grado de flexibilidad en la fase de la formación contractual. Asimismo, aunque sólo se contempla en el ordenamiento español para la venta internacional de mercaderías, comparte la opinión de otros autores en el sentido de que puede extenderse a otros contratos, ya que se configura como un derecho del oferente al que puede renunciar. En la misma dirección, DÍEZ-PICAZO, “*Fundamentos ...*”, cit., p. 386.

se le permita obviar la caducidad de la misma<sup>805</sup>, como la conveniencia de promover la conclusión de los contratos, siempre que se respete el equilibrio de los intereses de todos los intervinientes. Sin embargo, creemos necesario que la Propuesta de Modernización del Código Civil precise los aspectos que hemos señalado, sobre todo cuando existe un amplio consenso al respecto.

### **3. EXCEPCIÓN: PROBLEMAS EN LA TRANSMISIÓN. OBJECIÓN DEL OFERENTE**

Tal y como hemos avanzado en el apartado anterior, la Propuesta de Modernización del Código Civil contempla, en el segundo párrafo del artículo 1.253, el supuesto de hecho de la aceptación que el oferente recibe una vez transcurrido el plazo de vigencia de su proposición por causas ajenas a la responsabilidad del eventual aceptante, ya que resultan imputables a la vía de comunicación elegida. En este sentido, la Propuesta de Modernización citada prevé que cuando las circunstancias permitan observar al proponente que la carta o la comunicación escrita que contiene dicha aquiescencia hubiera llegado antes de la finalización del periodo establecido o, en su defecto, del que resulte razonable, si la transmisión hubiera discurrido con normalidad, esa respuesta se configurará como una genuina aceptación, a menos que el oferente objete esa presunción al estimar que su propuesta caducó.

A pesar de que una primera lectura del precepto invocado pueda inducirnos a establecer una directa vinculación con el supuesto examinado en el apartado anterior, hemos de tener presente que, si bien ambos comparten el rasgo común de referirse a una aceptación que llega –o se conoce– por el oferente cuando la oferta se ha extinguido por el transcurso de su vigencia, las notas que les separan son claramente decisivas. En primer lugar, nos encontramos con un destinatario de la propuesta inicial que emite y envía su contestación en tiempo –y, si resultara necesario, en forma–, pero que, pese a su comportamiento, el proponente recibe –o conoce– con posterioridad a la finalización del plazo para la aceptación. En segundo lugar, la causa del retraso en la recepción de la respuesta del eventual aceptante se circunscribe, única y exclusivamente, a los defectos de funcionamiento de la vía de comunicación elegida.

En tercer lugar, y prácticamente como consecuencia indefectible de las dos puntualizaciones anteriores, destaca la ausencia de negligencia o culpa por parte

---

<sup>805</sup> PERALES VISCASILLAS (“*La formación ...*”, cit., p. 598) defiende que no se debe impedir al oferente vincularse por un “mero defecto temporal” que está dispuesto a soportar –las comillas son nuestras–. En la misma línea, MALO VALENZUELA (op. cit., p. 2260) señala que el fundamento última de las previsiones de la Convención de Viena de 1980, los Principios Unidroit y los PECL sobre las aceptaciones tardías es que la regla de la caducidad de la oferta está establecida en beneficio del oferente, por lo que si está interesado en obligarse jurídicamente aunque la aceptación sea tardía, no sería lógico negar la conclusión del contrato.

del aceptante<sup>806</sup>. Todas las circunstancias expuestas conducen a que, unánimemente, se defienda la inversión de la solución prevista para el supuesto anterior. Mientras el conflicto generado por la aceptación tardía se resuelve mediante la concesión de la efectividad de dicha declaración o manifestación a elección del oferente, en esta hipótesis la regla es la contraria: se reconoce validez a la aquiescencia y, por tanto, se entiende celebrado el contrato, a menos que el proponente exprese su disentimiento<sup>807</sup>.

En el presente caso, la adecuada composición de los intereses de ambos intervinientes, junto con la valoración de la diligente actitud desplegada por el eventual aceptante, conduce a presumir, en primera instancia, la validez de su contestación<sup>808</sup>. De este modo, se considera que el remedio adoptado por la Propuesta de Modernización del Código Civil para este supuesto supone preferir la protección del aceptante. Al igual que la inmensa mayoría de la doctrina y los sistemas que regulan expresamente esta situación, compartimos la opción de priorizar la protección de la confianza del destinatario de la oferta que, al haber realizado las actuaciones necesarias para la correcta remisión de su respuesta, puede esperar justificadamente que el oferente la reciba –y, en su caso, la conozca– en plazo<sup>809</sup>.

En esta línea, consideramos que el hecho de que el principio de llegada o recepción, así como la teoría de la cognición, trasladen al hipotético aceptante los riesgos derivados de la emisión de su contestación con suficiente antelación y de la elección del medio de comunicación empleado, no puede significar que se le responsabilice de todas las circunstancias que acontezcan durante el proceso de transmisión<sup>810</sup>. Consideramos que este aserto no admite discusión cuando nos

---

<sup>806</sup> PERALES VISCASILLAS (“*La formación del...*”, cit., p. 610) señala que la inexistencia de negligencia o descuido por parte del aceptante, que envía a tiempo su respuesta, es la circunstancia determinante de la diferencia de régimen entre los dos párrafos del artículo 21 de la Convención de Viena de 1980.

<sup>807</sup> MALO VALENZUELA, op. cit., p. 2263.

<sup>808</sup> ARROYO I AMAYUELAS, op. cit., p. 358.

<sup>809</sup> FERRARI (op. cit., p. 147) explica que todos los sistemas jurídicos que regulan la presente hipótesis –art. 522 Código Civil japonés, art. 42 Ley sobre Obligaciones yugoslava, art. 5, 2º Código de las Obligaciones suizo, art. 214, 4º Código Civil húngaro y § 149 B.G.B.– prevén la misma regla que la recogida por la Propuesta de Modernización del Código Civil y todos sus referentes internacionales, es decir, la efectividad de la respuesta que llega tardíamente, pero de la que se deduce que fue expedida a tiempo, como aceptación, salvo que el proponente haya advertido inmediatamente a la contraparte del retraso. El citado autor matiza que si el oferente rechaza la validez de este tipo de contestación como aceptación, podrá valer como nueva oferta.

<sup>810</sup> CARRASCO PERERA (op. cit., pp. 188 y 189) analiza las consecuencias cuando los problemas ocurren en la transmisión de una declaración de voluntad entre sistemas de comunicaciones controlados por los intervinientes, situación muy frecuente en la práctica, una vez más fruto de los incesantes adelantos técnicos. En el caso de las comunicaciones electrónicas, y conforme a los artículos 13 y 15 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico, aprobada por Resolución de la ONU de 16 de diciembre de 1996, el citado autor expone que si el fallo tiene lugar de forma que el mensaje no “llega” al sistema de la otra parte, el riesgo es del emisor. Por el contrario, si el mensaje “entra” en el sistema de la contraparte, la contingencia de que no llegue a ser conocido debe asumirla el receptor. Asimismo, añade que esta regla debe generalizarse a todo tipo de vías de comunicación, de suerte que si se encarga la comunicación oral de un mensaje a un *nuntius* y éste lo realiza con errores, el riesgo es de quien emplea al mensajero, pues el fallo se produce en su sistema.

encontramos frente a sucesos que escapan a la esfera del control por parte del receptor de la oferta, en ocasiones casos de fuerza mayor, sin embargo puede sufrir matizaciones significativas cuando el medio de transmisión se supedita a la elección del destinatario. No obstante, parece preferirse en todo caso la efectividad del asentimiento recibido tardíamente y la conclusión del contrato propuesto por el oferente, aunque la protección derivada del principio de la buena fe, también imperante en esta fase, conlleva la posibilidad de permitir que el proponente no admita la respuesta como aceptación.

De esta forma, el retraso en la llegada de la respuesta pudo convencer al autor de la propuesta inicial de la falta de interés del receptor en dicha proposición y, ante la ausencia de noticias, haber concluido el contrato con un tercero. Ahora bien, dado que el emitente de la aceptación que llega retardada no es culpable de esa tardanza, el deber general dimanante de la buena fe en este momento del *iter* contractual, que respetan los ordenamientos y los diversos proyectos legislativos, obliga al oferente a comunicarle su decisión sin demora<sup>811</sup>. Por consiguiente, si el proponente no informa al eventual aceptante de que rechaza la efectividad de su respuesta y, por tanto, la perfección del contrato al haber caducado la oferta, la aquiescencia surtirá efectos pese a su dilación y, en consecuencia, se culminará el proceso contractual iniciado por el oferente<sup>812</sup>.

*Sensu contrario*, si el proponente decide considerar eficaz la aceptación que ha recibido una vez superado el límite final señalado o razonable a tal fin, nada habría que comunicar al aceptante, porque éste estará convencido de que su declaración es válida, al haber completado todos los pasos requeridos con la anticipación suficiente para que llegara a tiempo. Hemos de poner de relieve que tanto en la hipótesis examinada en el apartado anterior como en la presente, el legislador ha configurado la solución mediante una regla presuntiva, con resultado opuesto, que puede ser destruida para evitar los efectos que se derivan de la misma, lo que exige una declaración expresa por parte del oferente. En otras palabras, podríamos considerar que estamos ante dos supuestos del denominado silencio simple o absoluto, en los que la ley exige que el proponente se pronuncie, por lo que su silencio equivaldría a la prestación de consentimiento a los efectos derivados de la conjetura legal prevista.

Fruto de la claridad de los términos de este supuesto de hecho, así como de la aquiescencia positiva inferida del mutismo del oferente, no surgen las

---

<sup>811</sup> MORENO QUESADA, “*La oferta de...*”, cit., p. 156.

<sup>812</sup> DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO (“*Los principios...*”, cit., p. 192) también comparten que la buena fe exige que el oferente se pronuncie sobre tal aceptación, de suerte que si mantiene silencio esa respuesta será efectiva y determinará la formación del contrato; aunque apuntan que el destinatario tendrá en su mano la posibilidad de rehusarla, si bien sólo cuando lo haga de forma inmediata.

disquisiciones doctrinales que comentamos en el apartado anterior con relación al momento de perfección del contrato, de modo que se sitúa en la llegada de la aceptación al oferente –o, en su caso, en el conocimiento por éste-<sup>813</sup>, es decir, que se sujeta al principio de la recepción y, en su defecto, a la teoría de la cognición. Sin embargo, no faltan autores que matizan este aserto, en la medida en que entienden que, en la práctica, el instante que marcará la efectividad de la indicación del asentimiento se postergará hasta el final del periodo de que dispone el proponente para notificar al aceptante el rechazo de su conformidad al contrato propuesto<sup>814</sup>.

El citado intervalo, al igual que en el supuesto anterior, se delimita mediante un concepto jurídico indeterminado –“sin demora”-, no obstante lo cual nos adherimos a la opinión de los escasos autores que han abordado este aspecto en el sentido de que ese periodo debe extenderse a los días inmediatamente siguientes a la recepción de la aceptación retrasada, salvo causa justificada. En este punto es donde surge la diferencia más notable, que no alcanza la entidad de discrepancia, entre los diferentes textos que son objeto de nuestra investigación. Sólo los Principios Unidroit y el DCFR<sup>815</sup> matizan que la celeridad de la reacción del oferente puede verse exceptuada, ya que utilizan la expresión “sin demora injustificada”, frente a la Propuesta de Modernización del Código Civil, la Convención de Viena de 1980 y los PECL.

En último término, la doctrina destaca que la regla expuesta sólo entra en funcionamiento cuando el proponente puede discernir que la tardanza de la contestación del destinatario de su oferta está causada por defectos, errores u otros sucesos imputables exclusivamente a los medios de transmisión, *ad.ex.* equivocación en la distribución de la correspondencia<sup>816</sup>. El conocimiento del oferente puede proceder tanto de la propia misiva en que se contiene la respuesta tardía, como de que sean hechos notorios o públicos, *v.gr.* huelga del personal del servicio de correos<sup>817</sup>. Ambas alternativas parecen tener cabida en la Propuesta de Modernización del Código Civil, debido a su redacción abierta, que menciona la

---

<sup>813</sup> CUADRADO PÉREZ (“Oferta, aceptación, ...”, cit., pp. 198) expone que la Convención de Viena de 1980 ha seguido en este punto la dirección tomada por el § 149 B.G.B. alemán, que también parece haber inspirado al legislador holandés –art. 223.2 Libro 6 del Código Civil-. En cambio, el Código Civil italiano no establece un régimen diverso según el retraso de la aceptación sea o no imputable al aceptante.

<sup>814</sup> MALO VALENZUELA, op. cit., p. 2264.

<sup>815</sup> Ni en los comentarios realizados por los redactores al artículo 2.1.9 de los Principios Unidroit ni en los desarrollados acerca del artículo II.- 4:207 del DCFR se nos facilita aclaración alguna con relación a la posible excusa que pueda ofrecer el oferente para no haber formulado su objeción inmediatamente.

<sup>816</sup> PERALES VISCASILLAS (“La formación del...”, cit., p. 610) entiende que una de las consecuencias más evidentes del artículo 21, 2) de la Convención de Viena de 1980 es que el oferente tiene la carga de calcular el tiempo de transmisión de una declaración de voluntad para valorar si la aceptación se remitió con retraso o si la tardanza en la llegada de la misma obedece a un defecto durante el proceso de transmisión de dicha declaración. Esa investigación conllevaría, por ejemplo, una comparación de las fechas de la carta o del matasellos con la de su recepción en el caso de correspondencia escrita.

<sup>817</sup> DÍEZ-PICAZO, “¿Una nueva doctrina general...”, cit., p. 1716.

existencia de contingencias que demuestren que la remisión de la carta o comunicación escrita hubiera llegado a tiempo en circunstancias normales.

Por lo que se refiere a la postura de la Propuesta de Modernización del Código Civil acerca de esta figura en comparación con sus antecedentes, así como con la doctrina nacional, hemos de concluir que, afortunadamente, mantienen una coordinación total<sup>818</sup>. De esta forma, podemos observar que las redacciones utilizadas son semejantes, salvo leves diferencias terminológicas, que, en nuestra opinión, no afectan a la esencia de la concepción del presente supuesto<sup>819</sup>. De hecho, a nuestro modo de ver, la Propuesta de Modernización mejora las previsiones de sus precursores –y del DCFR–, por cuanto alude a una aquiescencia que llega tardíamente, y no a una aceptación tardía. Sin perjuicio de que la opinión generalizada utiliza la expresión aceptación tardía para referirse al supuesto anterior y al presente, debemos recordar que, en este caso, la aceptación ni se formula ni se envía con retraso, sino que llega fuera de plazo. Por consiguiente, proponemos que se reserve la expresión aceptación tardía para la hipótesis precedente.

#### **4. CÓMPUTO DEL PLAZO**

Por último, se observa claramente una divergencia, por omisión, entre la Convención de Viena de 1980 –art. 20, 1)– y los Principios Unidroit –art. 2.1.8–, frente a los demás textos internacionales mencionados y a la Propuesta de Modernización del Código Civil. Los dos primeros instrumentos destacados proceden a regular en los preceptos reseñados el momento de inicio del plazo fijado por el oferente, si bien aparecen manifiestas diferencias en cuanto al método utilizado<sup>820</sup>. La Convención vienesa opta por distinguir el inicio del devengo del plazo para la aceptación en función de que el medio de comunicación empleado por el proponente para la transmisión de su oferta revista carácter instantáneo o no<sup>821</sup>. Debemos aplaudir esta iniciativa, ya que, además de resolver un punto conflictivo, parece apoyar la sustitución del factor que sustenta la distinción entre presentes y ausentes, la

---

<sup>818</sup> DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO (“*Los principios...*”, cit., p. 192) ponen de relieve que la solución adoptada por la Convención de Viena de 1980, los Principios Unidroit y los PECL en este caso concreto es semejante a la que establecen los citados instrumentos internacionales para la aceptación con modificaciones.

<sup>819</sup> Asimismo, comparten la posición de la Propuesta de Modernización del Código Civil y sus antecedentes, el *Feasibility Study* –artículos 36 versión mayo y 38 versión agosto– y la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea –artículo 37– y el artículo 25, 2) del *Contract Code* (McGregor, op. cit., p. 49), si bien sólo los dos primeros aluden a que la objeción del oferente ha de llevarse a cabo sin dilación indebida o injustificada. Por su parte, el Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía no contempla esta hipótesis.

<sup>820</sup> Asimismo, el artículo 20, 2) de la Convención de Viena de 1980 se ocupa de plasmar una regla presente en nuestro ordenamiento jurídico –artículo 5 del Código Civil–, según la cual no se excluyen los días inhábiles del cómputo, a menos que el último día del plazo fuese feriado oficial o no laborable, en cuyo caso se prorrogará hasta el siguiente día hábil.

<sup>821</sup> LARA AGUADO, op. cit., pp. 74 y 75.

conurrencia física, por el del establecimiento de una conexión inmediata e ininterrumpida.

Debido a las limitaciones técnicas propias de la época en que se aprobó, el texto vienés alude sólo al teléfono y al télex, pero deja abierta la posibilidad de la asimilación de otros canales, fruto de los avances técnicos, al referirse también a otros medios de comunicación instantáneos. En estos casos, el lapso temporal para la aquiescencia del destinatario comenzará a correr desde que éste reciba la oferta, pero, como desarrollaremos posteriormente en el ámbito de la perfección contractual, el principio de llegada debe ceder su puesto a la teoría de la cognición, dado que una propuesta oral no puede recibirse, ni ser entregada, sino conocida<sup>822</sup>. En cuanto a las vías de transmisión de carácter escrito, el periodo se iniciará desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre.

Por el contrario, el texto romano se sirve de un criterio de diferenciación único para todos los cauces que el oferente pueda utilizar en aras al traslado de su propuesta al receptor<sup>823</sup>. De este modo, el instante a partir del cual empieza a transcurrir el intervalo de tiempo dentro del cual debe llegar la contestación del destinatario se concreta en la fecha de expedición de la oferta. Asimismo, se presume que, salvo indicación en contrario, esa fecha coincide con la expresada en la propuesta, lo cual, obviamente, sólo resulta de aplicación a las proposiciones de naturaleza escrita.

En cuanto a los PECL y al DCFR, no encontramos previsiones semejantes con relación a esta fase del *iter* contractual. Sin embargo, entendemos que el artículo 1:304 de los PECL también sirve a ese objetivo, aunque se refiere a cualquier declaración realizada en el proceso contractual, y no sólo contempla la emisión de la aceptación con plazo fijo<sup>824</sup>. Por su parte, el artículo I.- 1:110 del DCFR incurre en un casuismo excesivo sobre el principio del devengo de los periodos señalados por días, semanas, meses y otras alternativas, por lo que resulta complejo localizar la

---

<sup>822</sup> Sin embargo, SAN JUAN CRUCELAEGUI (op. cit., p. 118) interpreta que, según el artículo 20, 1), el *dies a quo* del cómputo es el día de la emisión de la oferta, lo que también se aplica a otros tipos de comunicación instantánea.

<sup>823</sup> De acuerdo con los comentarios formulados al artículo 2.1.8 de los Principios Unidroit (op. cit., pp. 48 y 49), la razón de la elección de dicho criterio obedece a que la oferta ya no se encuentra bajo la esfera de control del oferente. En cuanto al momento en que la oferta ha sido enviada, se establece la presunción de que fue en la fecha indicada en la oferta. Por ejemplo, en el caso de una carta, será la que se expresa en la carta, y en el supuesto de un mensaje de correo electrónico, será el momento indicado como momento de envío por el servidor del oferente. Sin embargo, la presunción admite prueba en contrario si en un determinado caso las circunstancias indicaran lo contrario.

<sup>824</sup> Igualmente, hemos de poner de relieve que el precepto reseñado sólo alude a las comunicaciones por escrito, ya que, según LANDO y BEALE (op. cit., p. 177) las dificultades surgen en esas hipótesis. En el caso de que se fije un plazo en una comunicación verbal, ya sea en presencia de la contraparte, ya se realice por un medio técnico que permita una transmisión instantánea e ininterrumpida, no es necesaria una norma especial, por cuanto resulta natural que el plazo empiece a contar desde el momento de la comunicación.

regla sobre el inicio el cómputo del lapso temporal en que debe llegar la aceptación o cualquier otra declaración surgida en el devenir de la formación del contrato. Finalmente, se concreta en la fecha del documento y, en su defecto, en el momento en que el mismo se recibió por su destinatario; en este caso, el oferente<sup>825</sup>.

Finalmente, hemos de reprochar a los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil que no imiten a los dos primeros instrumentos internacionales reseñados, cuando así lo han hecho en muchas otras ocasiones -a veces menos afortunadas-, o, al menos, que no se inspiren en los dos últimos textos de *soft law* indicados. Entendemos que las consideraciones expuestas en este subapartado revisten importancia crucial no sólo en el proceso de formación contractual, sino también para el acaecimiento de otras consecuencias legales -*ad. ex. prescripción*-, así como en innumerables circunstancias ajenas al ámbito de la contratación profesional, pero con tanta o mayor relevancia: *v. gr.* notificación de una subrogación arrendaticia. Por consiguiente, la Propuesta de Modernización debería prever este tipo de reglas de forma clara y sencilla, sin que quepa oponer que estamos ante un cuerpo legal de principios y criterios generales<sup>826</sup>.

## **II. RETIRADA**

De acuerdo con el artículo 1.254 de la Propuesta de Modernización del Código Civil, la aceptación podrá ser retirada si la notificación de ese cambio de criterio llega al oferente antes de que la aceptación haya surtido efecto o en ese preciso momento. La efectividad de la conformidad del eventual aceptante se logra, conforme al artículo 1.250, n° 2 de la citada Propuesta, que acoge la teoría de la recepción, en el instante en que se recibe por el proponente. Por consiguiente, se establece la necesidad de que el retiro de la aquiescencia del destinatario de la oferta alcance al autor de ésta con anterioridad a que reciba dicho asentimiento o, en su defecto, al mismo tiempo<sup>827</sup>. A nuestro juicio, esta posición es totalmente respetuosa

---

<sup>825</sup> Al igual que en el caso de los PECL, los redactores del DCFR (op. cit., p. 121) también consideran que la problemática se concentra en las transmisiones escritas, con base en los mismos argumentos que se esgrimen en los comentarios de los PECL.

<sup>826</sup> Tanto en los comentarios realizados a los PECL (LANDO y BEALE, op. cit., pp. 176 y 177) como en los formulados al DCFR (op. cit., p. 118) se afirma la importancia de que haya reglas claras acerca del cómputo del tiempo, de forma que cuando una parte debe responder o llevar a cabo una acción a instancia de la otra en un determinado lapso temporal o momento, pueda saber de cuánto tiempo dispone. De la misma forma, también la parte que ha concretado el plazo podrá conocer si la contraparte ha contestado o actuado en el periodo señalado. Asimismo, en los comentarios al DCFR se matiza que se trata de reglas dispositivas, que no sólo se pueden ver afectadas por las concretas previsiones de los intervinientes, sino por usos o prácticas. Además, se asegura que muchas de las reglas contenidas en el artículo II.- 1:110 son comunes a los sistemas jurídicos nacionales y se han considerado convenientes en el ámbito comercial. En concreto, los redactores se han inspirado en la EEC/Euratom, N° 1182/71, del Consejo, de 3 de junio de 1971, que determina las reglas aplicables a los periodos, fechas y plazos máximos.

<sup>827</sup> Esta figura también encuentra reconocimiento expreso en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como, por ejemplo, el artículo 1.328, n° del Código Civil italiano, que sólo permite que la retirada de la aceptación llegue a conocimiento del oferente antes que la propia aquiescencia. Por su parte, el artículo 9, n° 2 del Código de las Obligaciones suizo confiere mayor amplitud a la efectividad de la retractación del destinatario de la oferta, por cuanto reconoce dicha



con el proceso de formación del consentimiento que sustenta el nacimiento del contrato proyectado según el principio de llegada imperante en la propuesta legislativa reseñada, e incluso con la teoría de la cognición, por lo que mostramos nuestra completa adhesión<sup>828</sup>.

Además, aplaudimos la iniciativa de la Propuesta de Modernización del Código Civil de regular la figura de la retirada de la aceptación porque ha recibido una escasa atención por parte de la doctrina, y nula por el legislador, al igual que, como ya expusimos previamente, con relación a la oferta<sup>829</sup>. Por tanto, los redactores de la Propuesta de Modernización del Código posaron su mirada, una vez más, en los instrumentos internacionales en que se inspira; en concreto, en los artículos 22 de la Convención de Viena de 1980 y 2.1.10 de los Principios Unidroit, con los que mantiene una acusada cercanía, en especial con el primero. Por su parte, y en coherencia con la postura adoptada con relación a la propuesta contractual inicial, desafortunadamente ni los PECL ni el DCFR proceden a regular esta posibilidad<sup>830</sup>, de modo que nos remitimos a las reflexiones críticas expuestas con ocasión del examen de la retirada de la oferta.

Los comentaristas de la Convención de Viena de 1980 aseguran que el precepto reseñado resulta indefectible consecuencia de la consagración del *principio de llegada* como criterio para determinar la efectividad de las manifestaciones de voluntad efectuadas, al menos, en la fase de formación del contrato. Si la declaración de asentimiento se perfecciona en el momento en que llega al proponente, a nuestro modo de ver resulta palmario que no existe ninguna razón que impida al receptor

---

posibilidad no sólo cuando el proponente la reciba antes o simultáneamente con la aprobación inicial, sino incluso cuando haya llegado después, pero aquél la haya conocido antes.

<sup>828</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., pp. 206 y 207) desechan la posibilidad y eficacia de la “revocación” de la aceptación en los sistemas de la declaración y de la expedición, mientras que, por el contrario, consideran notorio que con las doctrinas de la recepción y de la cognición no existe reparo alguno en que la conformidad del destinatario de la oferta pueda revocarse antes de que llegue al poder o al conocimiento del oferente. A tales efectos, señalan que las dos primeras teorías preconizan que el contrato se entiende perfeccionado al declararse o expedirse la aquiescencia, respectivamente, por lo que no resulta posible “revocar” esta última antes de la conclusión del contrato (las comillas son nuestras).

<sup>829</sup> Tampoco regulan la retirada de la aceptación ni el *Feasibility study* –versiones mayo 2011 y agosto 2011- ni la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea. Sin embargo, el artículo 23 del *Contract Code* (McGregor, op.cit., p. 49) la contempla en los mismos términos que la Propuesta de Modernización del Código Civil y los instrumentos internacionales en que se inspira, y en los comentarios se aclara que se introdujo para despejar las dudas sobre dicha eventualidad. En la misma línea, el Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía prevé esta figura en el artículo 16, n° 8, así como la retractación de la oferta en el artículo 14, n° 1.

<sup>830</sup> GONZÁLEZ GONZALO (“La formación...”, cit., p. 698) afirma que la facultad del aceptante de retirar su declaración se encuentra regulada en la Convención de Viena de 1980, los Principios Unidroit y en los PECL, así como en nuestro ordenamiento interno -salvo en el caso de contratos celebrados mediante dispositivos automáticos-. Con relación a los PECL, señala al artículo 1:303 (5), pero, como ya indicamos respecto a la retirada de la oferta, ese artículo alude explícitamente a la revocación, y no a la retirada. Entendemos que este autor pueda llegar a deducir que el precepto reseñado se refiera implícitamente a la retirada, por cuanto el criterio que recoge es el propio de esta figura y no el de la revocación, sin embargo, en la traducción española se menciona a la retirada. Consideramos que la causa de esta confusa situación obedece, por un lado, a los problemas de traducción, que no sólo se manifiestan en este punto, y, por otro lado, a que en los ordenamientos jurídicos del *Common Law* no se distingue entre ambos supuestos, aunque existen las dos denominaciones. Además, hay casos, si bien escasos, en los que una oferta irrevocable no se puede retirar, lo que complica aún más la situación.

de la oferta retractarse de su voluntad con antelación a ese instante, por cuanto la aceptación no ha adquirido eficacia y, por tanto, el contrato no se ha concluido. Además, tampoco ha nacido ninguna confianza, ni se ha generado ninguna expectativa en el oferente que pueda frustrarse por la retirada de la contestación a su propuesta. Asimismo, podemos extender las mismas consideraciones si examinamos la situación desde la teoría de la cognición.

En la misma medida, apoyamos que también resulte factible que se posponga el término final del lapso temporal durante el cual el destinatario de la oferta se puede arrepentir del beneplácito concedido a la misma hasta el mismo instante en que el proponente recibe –o, en su caso, conoce– la propia aceptación. A efectos de justificar esta postergación, entendemos que se puede aplicar el razonamiento anterior. De esta forma, el asentimiento no puede desplegar su eficacia, ni determinar la conclusión de un contrato cuando, al mismo tiempo de su recepción por el oferente, le llega una clara muestra de la voluntad del destinatario de la oferta de negar valor al mismo. Surge una patente contradicción entre las manifestaciones de la intención del receptor de la oferta que, sin lugar a dudas, debe resolverse otorgando prioridad a su arrepentimiento, tanto por ser posterior en el tiempo como por los efectos que se derivan de la vinculación contractual de dicho interviniente<sup>831</sup>.

Asimismo, también se puntualiza que la figura que estamos examinando exige que se produzca un intervalo temporal entre la emisión de la aceptación y su llegada al oferente, por lo que sólo tendría cabida cuando la respuesta del destinatario se exteriorice mediante una comunicación escrita o por medios análogos. Igualmente, se puede extender la misma conclusión al caso en el que la aquiescencia se revela mediante el comportamiento del eventual aceptante, siempre que se sujete al régimen general del consentimiento tácito, es decir, que deba comunicarse la realización de tales actos al autor de la oferta<sup>832</sup>. *Sensu contrario*, no puede predicarse la viabilidad de esta figura si no se requiere la notificación de la actuación efectuada al proponente, ya suponga el cumplimiento total de la

---

<sup>831</sup> ROVIRA MOLA Y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 207) exponen que si la “revocación” se realiza en tiempo hábil, tendrá por efecto extinguir la conformidad del eventual aceptante como si jamás hubiese existido. Asimismo, para ilustrar el aserto anterior, citan el ejemplo en el que el oferente reciba dos cartas contrapuestas, ya que una contiene la aceptación y la otra su “revocación”. Entienden que debe prevalecer la misiva que llegue antes, y, en caso de simultaneidad, la de fecha posterior, y, en el supuesto de idéntica datación, no habrá aceptación porque las cartas se excluyen recíprocamente.

<sup>832</sup> DÍEZ-PICAZO, “Artículo 21, VVAA La compraventa...”, cit., pp. 200 y 201. Por su parte, PERALES VISCASILLAS (“La formación del...”, pp. 257 y 258) matiza que no es posible la retirada de la aceptación cuando se realiza mediante actos que no necesitan ser comunicados al oferente, al menos teóricamente. Indica que puede suceder que se remitan las mercancías, constituyendo esta actuación la perfección del contrato, pero el destinatario puede ordenar su retorno al punto de salida, lo que nunca supondría una retirada de la aceptación y sí un incumplimiento del contrato. A nuestro juicio, es correcta la consideración expuesta, porque no cabría la retirada de la aceptación después de la perfección del contrato. Por último, considera posible la retirada de la aceptación tardía “justo hasta el momento anterior en que el oferente se decida a informar al destinatario o bien le envíe una comunicación por la que se anuncie la efectividad de la aceptación tardía”.

prestación correspondiente al eventual aceptante, ya implique el inicio del mismo, porque en ese momento se culmina la perfección contractual.

Sin perjuicio de la profundización que llevaremos a cabo en el último Capítulo sobre los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos y el momento de su perfección contractual, hemos de adelantar que, conforme al artículo 1.262, 3º -redacción fruto de la reforma protagonizada por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico-, el consentimiento existe desde que se manifiesta la aceptación. De este modo, debido a la imposibilidad material de que medie algún intervalo temporal apreciable entre la emisión de la aceptación -activación del artefacto- y la conclusión del contrato, no puede concebirse la retirada de aquélla.

En cuanto a la posibilidad de la retirada del asentimiento del destinatario de la oferta en aquellos supuestos en que, paradójicamente, se pone de manifiesto a través del silencio de aquél, creemos que no podemos referirnos en sentido técnico-jurídico a la retractación del mismo. Como apuntamos en el apartado dedicado al silencio como expresión de la voluntad del hipotético aceptante, la conclusión del contrato habría que trasladarla al instante en que finalice el plazo para la aceptación. En nuestra opinión, el cambio de parecer que puede experimentar el eventual aceptante antes de que transcurra el plazo para la aceptación, y que se traduciría en la exteriorización de una declaración o de un comportamiento que restara valor positivo al silencio mantenido hasta ese momento, a nuestro modo de ver, sería la verdadera expresión de la intención del sujeto<sup>833</sup>.

Igualmente, algunos autores han puesto de relieve que la admisibilidad de la retirada de la aceptación confiere al destinatario una situación ventajosa frente al oferente. Se aduce que mientras el mero envío de la aceptación supone la extinción de la facultad de revocación de la propuesta contractual por parte del oferente, el arrepentido aceptante puede desvincularse de su contestación y evitar la perfección del contrato con posterioridad a tal remisión<sup>834</sup>. Por consiguiente, el destinatario de la oferta gozaría de un intervalo de tiempo más dilatado que el autor de la misma para retractarse de la intención manifestada, lo que podría dar lugar a actuaciones especulativas a costa de esa diferencia temporal. No obstante lo anterior, la doctrina se muestra, a nuestro juicio acertadamente, conforme en la admisión de la retirada

---

<sup>833</sup> ROVIRA MOLA Y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 207) nos aclaran que, en realidad, la posibilidad de “revocar” la aceptación depende en muchos casos de una mera circunstancia de hecho. Por ejemplo, en el caso de que alguien aceptase por telégrafo una oferta hecha por correo postal, prácticamente no resulta factible la “revocación” de tal asentimiento. En cambio, si expresa su conformidad mediante el correo ante una propuesta contractual realizada a través del telégrafo, cabría la eventualidad de la “revocación” de tal declaración, ya que se serviría de un medio más rápido. Sin embargo, para los citados autores, el problema se trasladaría a la validez de dicha aquiescencia, al haberse realizado por una vía distinta a la escogida por el oferente, y, además, inapropiada en comparación con la rapidez del medio empleado por éste.

<sup>834</sup> Vid. los comentarios realizados por los redactores al precepto 2.1.10 de los Principios Unidroit, op. cit., p. 51.

de la aceptación como un derecho del aceptante<sup>835</sup>. La mayor amplitud del límite para negar la eficacia del asentimiento frente al término final de la posibilidad de retractación por el proponente será, a efectos prácticos, inapreciable, y no se vulnerará ninguna expectativa ni confianza generadas en el ofertante.

Por lo que concierne a la situación en nuestro país, la doctrina española no sólo no se ha volcado en el examen de este extremo, sino que cuando lo ha hecho ha incurrido en la misma imprecisión terminológica que se aprecia con relación a la propuesta contractual. De esta forma, se ha venido confundiendo la retirada con la revocación y, en alguna ocasión, incluso se ha intentado diferenciar ambos conceptos haciendo alusión a la revocación en sentido impropio<sup>836</sup>. No obstante el confusionismo descrito, recientemente se observa una mayor preocupación doctrinal por esta figura, y, afortunadamente, la mayoría de los autores que han expuesto su opinión se ha mostrado proclive a admitir la posibilidad de que el destinatario pueda retirar su respuesta. Consideran, a nuestro juicio acertadamente, que la negación de esa hipótesis colocaría al destinatario en una situación de desigualdad injustificada frente al oferente, en clara vulneración del artículo 1.256 de nuestro Código Civil.

Otro argumento que abona la tesis expuesta se extrae del artículo 1.262, nº 2 del mismo cuerpo legal, en el que se contempla un único momento para la perfección del contrato con relación a ambos contratantes: el conocimiento de la aceptación por el oferente o la cognoscibilidad de la misma. Indefectiblemente, la retirada de la aceptación que se produzca con anterioridad a dicho instante debe reputarse válida, dado que hasta ese momento ninguno de los sujetos intervinientes está vinculado contractualmente<sup>837</sup>. Con posterioridad, y correctamente en nuestra opinión, la doctrina moderna ha prorrogado el término final para que el destinatario pueda dejar sin efecto su respuesta, al igual que en el caso de la propuesta contractual. De este modo, el aceptante también podrá evitar que su aquiescencia produzca efectos si la declaración mediante la que anuncia su retirada se recibe por el oferente al mismo tiempo que dicha contestación<sup>838</sup>.

Sin perjuicio de la evolución expuesta, ciertos autores patrios se han opuesto frontalmente a la pretendida “revocación” de la aceptación –aunque realmente aluden a la retirada–, porque, debido a una mera cuestión cronológica, el aceptante conoce la concurrencia de las dos declaraciones contractuales que conducen al nacimiento del contrato antes que el oferente y, a pesar de que el contrato todavía

---

<sup>835</sup> PERALES VISCASILLAS, “*La formación del...*”, cit., pp. 255 y 256.

<sup>836</sup> ALBALADEJO GARCÍA, “*Derecho ...*”, cit., p. 405.

<sup>837</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 1149 –La Ley–. Sin embargo, hemos de destacar que el citado autor habla de revocación y no de retirada.

<sup>838</sup> CUADRADO PÉREZ, “*Oferta, aceptación, ...*”, cit., p. 203.

no se ha perfeccionado, entienden que esa circunstancia determina que quede obligado con anterioridad a aquél. Por consiguiente, defienden que el aceptante pierde la ocasión de arrepentirse de su conformidad a la proposición inicial desde que la realiza, aunque asumen que semejante conclusión implica una diferenciación discriminatoria en la posición de los sujetos intervinientes, lo que nos conduce a rechazar esta posición doctrinal<sup>839</sup>. Además, mientras no se perfeccione la aceptación, ni, por tanto, el contrato, no se puede afirmar la vinculación del emisor de tal declaración.

Por último, debido a la errónea identificación de la retirada y la revocación, algún autor ha defendido que se debe extender el límite temporal para el ejercicio de la facultad de “revocar” la declaración de conformidad con la propuesta contractual primigenia a un momento posterior al establecido para el oferente. De este modo, se afirma que mientras el eventual aceptante puede “revocar” su contestación antes de que el proponente la conozca –o la reciba-, éste sólo podría hacerlo con anterioridad a que el destinatario manifestara su aceptación<sup>840</sup>, postura que, claramente, no podemos compartir.

Tal y como hemos apuntado, el planteamiento de la tesis expuesta deviene de la confusión padecida entre retirada y revocación, ya que, como expusimos en el ámbito de la oferta contractual, la revocación sólo puede predicarse de las declaraciones o manifestaciones de voluntad perfectas<sup>841</sup>. En consecuencia, antes de que concurra ese momento, bien mediante su recepción, bien a través de su conocimiento, sólo cabe propugnar su retirada. Asimismo, tampoco este minoritario sector doctrinal justifica adecuadamente que se anticipe aún más el último instante en que el proponente puede retractarse de su oferta, dado que se adelanta hasta la emisión de la conformidad por parte del destinatario de la oferta, en lugar de mantenerlo en su expedición<sup>842</sup>.

En nuestra opinión, el resultado de la posición doctrinal señalada supondría quebrar el difícil consenso alcanzado en torno a la necesidad de trasladar el límite

---

<sup>839</sup> MANRESA Y NAVARRO (op. cit., p. 517) afirma, a nuestro juicio equivocadamente, que el aceptante pierde la facultad de retirar la aceptación desde el momento en que se conforma, ya que el desistimiento, en el tiempo que media entre la aquiescencia y su comunicación al oferente, es derecho que la ley atribuye únicamente a éste.

<sup>840</sup> PUIG BRUTAU, “*Fundamentos ...*”, cit., pp. 222 y 223.

<sup>841</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 123) parece utilizar los términos retirada y revocación de la aceptación como si fueran sinónimos, aunque matiza que en nuestro ordenamiento no tendría cabida aludir a la revocación de tal declaración, por cuanto el momento en que adquiere eficacia el asentimiento del destinatario de la oferta coincide con el instante en que se perfecciona el contrato. Sin embargo, posteriormente indica que sí resulta factible, y es a lo que impropriadamente se denomina “revocación”, la emisión por el eventual aceptante de una retractación ulterior que reciba el proponente simultáneamente o antes que la conformidad inicial.

<sup>842</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., p. 1.150 –La Ley-) razona que si se parte de que el aceptante puede “revocar” su declaración siempre que el oferente conozca dicha retractación antes que la aquiescencia, se puede deducir que no es firme al no vincular a su autor. De este modo, no se puede pretender que el proponente quede obligado si no se ha concluido el contrato, que sería lo que ocurriría si le negáramos la posibilidad de que revoque su proposición desde que se manifieste el asentimiento, ya que habría adquirido eficacia para el oferente y no para el aceptante.

temporal del ejercicio de la revocación de la oferta desde el ulterior momento de la perfección contractual al precedente instante en que el aceptante emite su conformidad, en aras de la correcta composición de los intereses de las partes<sup>843</sup>. De otro modo, se antepondrían indebidamente los intereses del aceptante frente a los del oferente, cuando, tal y como ya expusimos con relación a la revocación de la oferta, quedan suficientemente atendidos mediante la ventaja que se le concede al negar al oferente la alternativa de arrepentirse de su propuesta una vez que el destinatario de la misma ha enviado su respuesta, es decir, con anterioridad a la perfección del contrato, límite que, en primera instancia, aparece natural y lógico.

### **III. CONTRAOFERTA**

El artículo 1.251 de la Propuesta de Modernización del Código Civil se dedica a determinar la eficacia de las adiciones, limitaciones o modificaciones que uno de los intervinientes propone frente al proyecto de contrato que le traslada la contraparte o con relación al acuerdo previamente alcanzado entre ambos, pero no plasmado documentalmente. En el primer párrafo del primer apartado del citado precepto se establece que la contestación del destinatario que introduzca ese tipo de cambios en el contenido de la oferta equivaldrá al repudio de ésta, pero, simultáneamente, constituirá una contraoferta. La formulación de esta figura resulta engañosamente sencilla, por cuanto, como podremos comprobar, detrás de la misma se esconde un largo proceso de enconadas discusiones.

Hicimos alusión a esta relevante categoría cuando abordamos el rechazo de la oferta, debido a su evidente relación con dicha figura. Igualmente, expusimos la diferencia que la doctrina invoca para distinguirlas: la repulsa de la propuesta inicial se equipara a la negativa pura y simple a contratar por parte del destinatario, mientras que la contraoferta que sugiere el receptor de la proposición primitiva implica la continuación de las negociaciones emprendidas para culminar la celebración del contrato. Por tanto, la contrapropuesta exterioriza la voluntad del interviniente de ultimar la génesis contractual, pero su pretensión bajo las condiciones establecidas en su proposición, que varían las señaladas en la oferta. A nuestro modo de ver, resulta lógico que la oferta se extinga una vez que el destinatario

---

<sup>843</sup> GONZÁLEZ GOZALO ("*La formación ...*", *cit.*, p. 698), quien señala que debe entenderse factible la retirada de la aceptación en nuestro país, entre otras razones, al resultar coherente con el mantenimiento del justo equilibrio entre las partes contratantes, dado que también el oferente puede retirar la oferta hasta que sea conocible para su destinatario. Ahora bien, este autor entiende que la posibilidad de la retractación proporciona al aceptante una vía para la especulación, ya que en el escaso lapso temporal que media entre la remisión de la aceptación y la llegada a su destino, el aceptante puede arrepentirse según la evolución del mercado, facultad de la que carece el oferente al estar ya vinculado, por lo que, a fin de mantener la paridad entre los contratantes en contratos relacionados con mercados muy volátiles, sugiere recurrir a la genérica prohibición del abuso del derecho. Comparte una opinión similar LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., p. 1149 –La Ley–), quien expone que el artículo 1.262 sólo establece en qué momento queda obligado el oferente, y no el aceptante, pero, en cualquier caso hay que entender que el aceptante no puede quedar en orden a la perfección del contrato, en inferioridad respecto al oferente, porque supondría la ruptura del necesario equilibrio que ha de existir entre las partes.

ha expresado su deseo de enmendar los términos de la misma; sin embargo ha suscitado un intenso debate doctrinal<sup>844</sup>.

También hemos dirigido nuestra atención hacia el segundo párrafo de dicho apartado, por cuanto recoge una excepción a la regla general indicada, de tal manera que si esas adiciones, limitaciones o modificaciones no alteran significativamente los términos de la oferta, la respuesta que las contenga mantendrá la consideración de aceptación<sup>845</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la norma permite la exclusión de tal prerrogativa a favor del eventual aceptante, de suerte que el proponente podrá evitar que una contestación del tenor indicado se erija en aceptación. A tal fin, el oferente dispone de dos vías. La primera goza de un marcado carácter preventivo, ya que consiste en la inclusión en la proposición primigenia de la exigencia de una mera aquiescencia por parte del receptor<sup>846</sup>. Asimismo, en defecto de la previsión anterior, podrá manifestar *a posteriori* su disenso con las variaciones en cuestión, pero sin demora.

## **1. INCIDENCIA DE LAS ALTERACIONES EN LA OFERTA**

El precepto reseñado contempla, en primer lugar, una de las características de la respuesta del eventual aceptante que concitaba un mayor reconocimiento por los autores: la perfecta congruencia de la aceptación con la oferta. La doctrina tradicional<sup>847</sup> y la mayoría de los pronunciamientos judiciales<sup>848</sup> preconizaban la total coincidencia de la contestación del destinatario con la propuesta recibida, dado que la aceptación se concibe como la manifestación de voluntad mediante la que el

---

<sup>844</sup> GONZÁLEZ GOZALO ("*La formación ...*", cit., p. 690) expone que el rechazo de la oferta puede ser expreso o tácito, y que el ejemplo más relevante del repudio implícito es la contraoferta. De este modo, consistiría en una declaración de voluntad del receptor de la propuesta inicial mediante la que propone al autor de aquélla la celebración de un contrato cuyo contenido sea, en alguna medida, diferente al proyectado por éste. Por consiguiente, se extinguiría la proposición primitiva y el oferente podrá aceptar o rechazar la contrapropuesta. No obstante, admite que la aquiescencia puede incorporar ciertas alteraciones, aunque menores, por lo que no se transforma en una contraoferta.

<sup>845</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., pp. 109 y 111) señala que uno de los requisitos de la aceptación es que debe coincidir plenamente con la oferta, y, en caso contrario, no habría asentimiento por parte del destinatario de la oferta, sino contraoferta. Sin embargo, entiende que son posibles determinadas variaciones que no afecten a la calificación de la respuesta del destinatario como aceptación, ya que siempre será una cuestión de interpretación de la voluntad de los intervinientes. La dificultad que encierra esta figura se revela en la medida en que ya era un tema controvertido en el Derecho Romano, ante el que los diversos autores optaron por planteamientos opuestos. La citada autora se pregunta cuáles deben ser los efectos de la contraoferta sobre la proposición primigenia cuando ésta estuviera sujeta a un plazo para la aceptación y todavía no hubiera transcurrido, es decir, si caduca o sigue vigente hasta la finalización de tal periodo. La experta a la que citamos entiende que, normalmente, la contrapropuesta formulada por el eventual aceptante debe equipararse al rechazo expreso de la proposición original, y, por tanto, determina su caducidad. Por consiguiente, la contraoferta surge siempre que no haya un acuerdo completo con relación al íntegro texto definitivo, aunque admite que, en ocasiones, habrá que atender a una interpretación de acuerdo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

<sup>846</sup> Posibilidad que responde al poder omnímodo del que goza el oferente con relación a su proposición, y al que ya hemos hecho referencia en variadas ocasiones a lo largo del estudio que realizamos sobre aquélla. En resumen, entendemos que quedó justificada la convicción unánime tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial en el sentido indicado, si bien se matiza que dicha facultad se verá constreñida en el supuesto de que intervenga un consumidor y usuario en la contratación, normalmente en la posición de hipotético aceptante.

<sup>847</sup> LACRUZ BERDEJO, "*Elementos ...*", cit., p. 375 y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 1149 -La Ley-.

<sup>848</sup> SSTs, Sala de lo Civil, 10 octubre 1962, 14 marzo 1973 y 7 junio 1986, que, entre otras, son reiteradamente citadas por resoluciones judiciales posteriores y por la doctrina como un claro exponente del tradicional requisito de la perfecta correspondencia entre la oferta y la aceptación.

receptor muestra su conformidad con la iniciativa del proponente<sup>849</sup>. En consonancia con lo anterior, si el destinatario modifica algún punto de la proposición inicial, añade un extremo novedoso o limita sus términos no se podrá entender que ha emitido un genuino asentimiento y, por consiguiente, el contrato no se perfeccionará.

Debido a la dificultad que entraña el análisis que vamos a acometer en el presente apartado, hemos creído conveniente examinar, como primer paso, las sucesivas corrientes doctrinales surgidas en torno a esta trascendente materia, las cuales se pueden extrapolar tanto al ámbito interno como a la órbita del Derecho comparado, aunque se puedan apreciar algunas matizaciones. A continuación, abordaremos el contraste pormenorizado entre las diferentes perspectivas que sostienen los sucesivos instrumentos y textos de *soft law* en que se inspira la Propuesta de Modernización del Código Civil, así como este último proyecto legislativo, dado que, en nuestra opinión, reflejan adecuadamente la evolución sufrida en este tema. Asimismo, estamos convencidos de que la claridad alcanzada con el esquema que acabamos de trazar servirá para abordar con la perspicuidad adecuada los restantes apartados, que no dejan de ser extensiones del grado de sintonía que requiramos entre la proposición inicial y su contestación.

#### **a. REGLAS SOBRE LA CONGRUENCIA ENTRE LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN**

La total avenencia de la oferta y la aceptación se ha venido sosteniendo tradicionalmente gracias a la conocida “*regla del espejo*” (también se la conoce como “*regla de la imagen del espejo*”), respetada a ultranza tanto en los sistemas jurídicos pertenecientes al *Civil Law* como al *Common Law* (en los que se alude a la “*mirror image rule*”)<sup>850</sup>. De este modo, tal y como la propia denominación indicada permite inferir, se afirmaba categóricamente que la aceptación debía suponer una total y

---

<sup>849</sup> MALO VALENZUELA (op. cit., pp. 2252 y 2253) explica que la postura de la doctrina tradicional española encontraba respaldo en la redacción anterior del artículo 54 del Código de Comercio, ya que señalaba que la perfección del contrato tenía lugar “*desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuera modificada*”, de lo que se deducía que se puede aceptar la oferta o la contraoferta, pero no una proposición que contenga condiciones que modifiquen la propuesta inicial. Por su parte, ALBALADEJO GARCÍA (“*Derecho ...*”, cit., p. 403) comparte el punto de vista de la doctrina tradicional, pero matiza que, en determinadas circunstancias, algunas desviaciones que el destinatario plantee con relación a la proposición primitiva pueden considerarse aceptación de la misma, seguida de una nueva oferta por la diferencia, y que, en definitiva, se trata de una “*quaestio voluntatis*”.

<sup>850</sup> DURANY PICH (“Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto”, *ADC*, T. 45, F. III, pp. 1016 y 1017) explica que uno de los requisitos tradicionales en materia de formación del contrato es la identidad perfecta entre la oferta y la aceptación, pero que, en la contratación actual, muchas veces no se produce esa sincronía. Esta situación no obedece a que la voluntad de los intervinientes no coincidan en las cuestiones básicas –objeto, cantidad y precio–, sino a que el destinatario de la oferta, a veces de forma involuntaria, introduce modificaciones en aspectos secundarios. Asimismo, también es frecuente que el proponente no sea consciente de dichas alteraciones, porque se refieran a cuestiones menores que no han sido objeto de negociación explícita entre las partes. Ante la situación expuesta, la doctrina contractual tradicional, tanto en la órbita de los sistemas jurídicos romanistas y germanistas como en el ámbito de los países bajo la influencia del *Common Law*, hacen oscilar la respuesta sobre dos máximas, que son las reseñadas en el texto de nuestra investigación.



completa adhesión por parte del destinatario a la propuesta de contrato. En caso contrario, nos hallaríamos ante una contraoferta, por lo que se invertirían los papeles de los intervinientes, de modo que el hipotético aceptante se convertiría en el autor de la oferta, mientras que el primitivo oferente pasaría a ocupar la posición de aquél, y, consecuentemente, se encontraría en la tesitura de aprobar o rehusar las nuevas condiciones<sup>851</sup>. Obviamente, también cabría la posibilidad de que formulase una nueva contrapropuesta.

En directa conexión con la máxima precedente, debemos traer a colación la “*regla de la última palabra*” o “*del último disparo*” (también conocida por “*last shot rule*”), dado que la complementa y matiza. En virtud de este último axioma, cuando la aceptación no coincida completamente con la oferta, se mantiene, al igual que en la corriente precedente, que nos encontramos ante una contraoferta, de tal forma que si el autor de la oferta primigenia desarrolla la prestación que le incumbe, o inicia su ejecución, estaría asumiendo la contraoferta y exteriorizando su conformidad a la misma. Por consiguiente, el contrato proyectado se concluiría, pero éste se sometería a los términos que se corresponden con la contraoferta, ya que, cronológicamente, es la última propuesta formulada, y el comportamiento del proponente inicial demuestra su aprobación<sup>852</sup>.

Esta nueva teoría surgió, fruto de un progreso doctrinal ulterior, como resultado de la reflexión sobre los efectos apropiados para aquellos supuestos, muy frecuentes en el tráfico comercial, en los que el primitivo oferente, en su condición de receptor de la propuesta formulada por el destinatario de la proposición inicial, comenzaba, o completaba, el cumplimiento del objeto del contrato. De acuerdo con la relevancia adquirida por el comportamiento de los intervinientes, podemos inferir que es totalmente lícito atribuir la eficacia de una aceptación a la actuación del primer proponente, a pesar de los cambios introducidos por la contraoferta. Además, hemos de destacar que dimanen dos consecuencias de importancia capital del aforismo reseñado. Por una parte, se desplaza al oferente original la carga de rechazar las variaciones introducidas por el destinatario en aras de evitar que

---

<sup>851</sup> Tal y como venimos exponiendo, esta concepción es la que tradicionalmente ha sostenido la doctrina desde antaño. Por todos, podemos citar a SCAEVOLA (op. cit., p. 1061), quien mantiene que la aceptación ha de corresponderse con todas las cláusulas y modalidades enunciadas en la oferta, aunque son muchas las ocasiones en las que el destinatario de la propuesta primitiva la modifica, por lo que la convierte en una contraoferta, que podría generar un vínculo contractual si el primer proponente consiente tales alteraciones puras y simplemente.

<sup>852</sup> DURANY PICH (“*Sobre la necesidad ...*”, cit., p. 1017) entiende que sólo puede exceptuarse esta conclusión en el caso de que el proponente primigenio rechace claramente la contrapropuesta. Asimismo, aclara que esta regla favorece al vendedor, en la medida en que, con frecuencia, en la práctica el papel del oferente lo desempeña el comprador y el aceptante el del vendedor, por lo que el que formula la última proposición contractual es este último.

compongan el contenido contractual. En segunda instancia, la primitiva oferta no revivirá en el caso de que la contraoferta no fuera aceptada<sup>853</sup>.

Sin embargo, pese a su reconocimiento generalizado, ambas reglas han sido objeto de diversas críticas y se observa, en nuestra opinión convenientemente, una clara evolución de la doctrina, tanto en el plano interno como en el ámbito del Derecho comparado, hacia posturas más flexibles<sup>854</sup>. Se ha puesto de manifiesto que la “*regla del espejo*” implica una estricta aplicación del principio de congruencia de la oferta y la aceptación que no puede estimarse viable en la época actual. Desde hace tiempo, se puede constatar, de manera patente y notoria, la evolución hacia un método de contratación de carácter estandarizado debido a la aparición de sistemas de producción en masa, frente a lo acaecido en épocas pretéritas, en que se desarrollaba de un modo personal e individualizado entre las partes<sup>855</sup>.

La transformación descrita lleva inherente que, en muchas ocasiones, la conclusión del contrato no viene precedida de negociaciones preliminares, durante las que se discuten los extremos que conformarán el futuro contrato<sup>856</sup>, sino que el destinatario de la oferta se verá compelido a aceptar o rechazar la propuesta contenida, normalmente, en un formulario predeterminado<sup>857</sup>. La complejidad de

---

<sup>853</sup> MORENO QUESADA, “*La oferta de...*”, cit., pp. 148 y 149 y CUADRADO PÉREZ (“*Oferta, aceptación, ...*”, cit., p. 189) exponen que, según la mayoría de la doctrina española, la oferta inicial se extingue.

<sup>854</sup> DURANY PICH (op. cit., p. 1020) relata que la tradicional “*regla del espejo*” ha sido superada en los Estados Unidos de América y en Alemania, el primero por la vía legislativa –aunque, como es natural, con una importante contribución de la jurisprudencia– y el segundo por la vía jurisprudencial. Asimismo, en Gran Bretaña se han llevado a cabo intentos de superarla, y en Francia se ha conseguido sólo en teoría. Finalmente, el citado autor entiende que la Convención de Viena de 1980 está a medio camino entre la regla tradicional y la moderna, aunque más cerca de la primera.

<sup>855</sup> DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos...*”, cit., pp. 380 y 381) comenta que, desde finales de los años 70 del siglo pasado, se ha producido una notable evolución en la jurisprudencia en los países europeos y en el Derecho norteamericano. El citado autor concluye que “Todo ello parece conducir con claridad a una línea legal y jurisprudencial de favorecimiento de la formación del contrato y de creación entre las partes de una relación contractual, aunque hayan existido divergencias entre sus declaraciones o entre los documentos escritos que se hayan intercambiado. Al adoptar esta solución, se dejan en la penumbra los posibles perjuicios dogmáticos sobre la pureza de la voluntad contractual y se buscan soluciones que parecen más justas, que evitan mejor el riesgos de abusos y que, de acuerdo con los dictados de la buena fe, tutelan mejor la confianza razonable suscitada”. En esta misma línea, LARA AGUADO (op. cit., p. 67) expone que la “*regla de la imagen del espejo*” cuenta entre sus partidarios al Derecho Inglés, escocés, surafricano, alemán, francés, español, austriaco, argentino y de los países del este, para quienes la seguridad jurídica es fundamental. También se consagró en el *Restatement First of Contracts* estadounidense, si bien en el *Restatement Second of Contracts* ya se incorporan reglas diferentes para adaptarse al Código de Comercio Unificado.

<sup>856</sup> En cuanto a las negociaciones preliminares, toda la doctrina está de acuerdo en la importancia trascendental que han adquirido, y destacan la complejidad de las negociaciones en la época actual. No obstante, también se observa que se ha asentado una tendencia contrapuesta, ya que el aumento exponencial de los contratos de adhesión supone una reducción considerable de la duración de tales negociaciones, e incluso su desaparición. Por tanto, se puede afirmar la coexistencia de dos efectos totalmente opuestos en el difícil ámbito de los tratos previos. En apoyo de lo expuesto, MORENO QUESADA, “*La oferta de...*”, cit., p. 40 y “*La oferta de contrato cuarenta años después*”, *Libro homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez*, Tomo 3º, Derecho Civil y Público, Civitas, Madrid, 1996, pp. 4980 y 4981.

<sup>857</sup> DURANY PICH (op. cit., p. 1.069) aclara que la tesis que él defiende “[...] no rechaza, en absoluto, la necesidad del consentimiento de ambas partes para perfeccionar el contrato. O, si se prefiere, afirma que si una de las partes no está de acuerdo respecto de algún elemento –por insignificante que sea– contenido en la propuesta contraria, no puede haber contrato”. Sin embargo, como las circunstancias económicas han cambiado y la mayoría de los contratos no son personalizados, sino en masa, entiende que lo realmente negociado es mínimo: el objeto, la cantidad, y, en algunos casos, el precio. Ahí es dónde sitúa el punto de arranque de su tesis: “[...] hoy en día, el acuerdo contractual debe versar sobre lo realmente negociado, de tal manera que aunque la oferta y la aceptación no coincidan, siempre que esa disconformidad se base sobre elementos no efectivamente negociados por las partes, el contrato se forma. Así pues, tenemos que sobre los

la situación se incrementa cuando los sujetos intervinientes exteriorizan sus respectivas manifestaciones de voluntad mediante el recurso a los prontuarios que habitualmente utilizan, sin que guarden identidad de contenido, situación que ha dado lugar a la denominada “batalla de los formularios”. Además, se razona que la “regla del espejo” puede conducir a la negación de la perfección contractual a causa de una mínima divergencia entre las declaraciones o manifestaciones de las partes, lo que, a todas luces, atenta contra el *principio de la buena fe* que debe regir la conducta de las partes en esta fase contractual<sup>858</sup>.

Otro reproche aducido por los autores consiste en que la “regla de la última palabra” confiere a la parte que envía la última propuesta una ventaja injustificada, dado que el contenido del contrato se ajustará a dicha proposición, por lo que el oferente inicial se verá obligado a mostrar su rechazo a las modificaciones, adiciones o limitaciones si quiere evitar la conclusión del convenio en tales términos. Por último, ya expusimos que ha surgido una marcada –y, a nuestro juicio, acertada– tendencia a favorecer la celebración del contrato, en aras de proteger la confianza razonable de las partes en el comportamiento exhibido por la contraparte, incluso cuando no exista una verdadera voluntad de contratar, lo que minimiza exigencias formalistas como la que estamos analizando<sup>859</sup>. Igualmente, consideramos que el *principio de la buena fe*, al que las partes deben adecuar su conducta en todos los pasos del *iter* contractual, también permite alcanzar la conclusión expuesta.

Por su parte, la jurisprudencia española evidencia que no existe unanimidad de criterio en esta materia, dado que coexisten sentencias en las que los tribunales

---

términos no negociados no es necesario un acuerdo contractual. Y en caso de falta de coincidencia entre la oferta y la aceptación, la solución será la nulidad parcial: el contrato es válido, pero las cláusulas del condicionado general en que falta la coincidencia no pasan a formar parte del contrato. Esta solución es también la que establece con carácter general para las condiciones generales en los contratos de consumidores el artículo 10.4 de la Ley General de Consumidores y Usuarios”.

<sup>858</sup> Vid. los comentarios realizados por los redactores al precepto 2.1.11 de los Principios Unidroit (op. cit. p. 52), en los que se recoge que el principio de la total congruencia de la oferta y de la aceptación puede dar lugar a que diferencias insignificantes entre ambas declaraciones permitan a las partes cuestionar la existencia del contrato con posterioridad, lo que podría obedecer simplemente a un cambio desfavorable en las condiciones del mercado; es decir, a una actitud claramente contraria a la buena fe.

<sup>859</sup> LARA AGUADO (op. cit., p. 68) pone de manifiesto que, frente a los tradicionalistas, partidarios de las reglas de “la imagen del espejo” y “del último disparo”, se encuentran los reformistas, que tienen una concepción más flexible, dado que les resulta suficiente un mínimo acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, y asumen que no exista una total coincidencia entre la oferta y la aceptación, al objeto de promover al máximo la perfección del contrato. Según la autora mencionada, este sector admite como aceptación una respuesta que modifique los términos de la oferta, por lo que el contenido de la oferta ha dejado de ser imperativo, y concuerda con la tendencia, que ya hemos apuntado, de la relajación en la exigencia de precisión de su contenido. La autora pone de relieve que, en la actualidad, se impone al oferente la responsabilidad de expresar su disconformidad con la aceptación-contraoferencia, ya que, en caso contrario, quedará obligado por el contrato, incluso en contra de su voluntad. La única forma de evitar su vinculación es que se oponga sin demora o advertir en la propia oferta que sólo admitirá la aceptación coincidente con los términos previstos en aquélla. En el mismo sentido se expresa MARCO MOLINA, op. cit., pp. 32 y 33. LARA AGUADO considera que la postura reformista se puede rastrear en lo que denomina las nuevas tendencias legislativas, es decir, los textos que han inspirado la Propuesta de Modernización del Código Civil. Además, existe una diferencia muy importante entre el Código de Comercio Unificado y dichas tendencias, por cuanto el primero permite la perfección del contrato aunque las modificaciones a la oferta sean sustanciales, mientras que, para las segundas, no habrá aceptación sino contraoferta.

han empleado la “*regla del espejo*” de manera rigurosa, y pronunciamientos que han consagrado la perfección contractual pese a las discrepancias entre la oferta y la aceptación<sup>860</sup>. Los autores alegan que tal alternancia responde a la observancia de las circunstancias concurrentes en cada caso, que pueden justificar o no la existencia de conformidad suficiente entre las partes para estimar concluido el contrato, más que a la elección consciente entre un severo o relajado acatamiento de la citada máxima<sup>861</sup>. Por tanto, se considera evidente que el Tribunal Supremo se ha apartado de la pura dogmática para recurrir a argumentos sustentados en la justicia material<sup>862</sup>.

En cualquier caso, a nuestro juicio la jurisprudencia camina, aunque no unánimemente, hacia una posición cercana a aquella en la que podemos situar a la doctrina moderna en este ámbito, lo que ha supuesto un decidido impulso de la contratación al reducir el número de presupuestos requeridos para la perfección contractual o, cuanto menos, al suavizar el cumplimiento de uno de tales requisitos<sup>863</sup>. No obstante la flexibilidad preconizada, la relajación de la exigencia de una completa identidad entre oferta y aceptación no es absoluta, sino que hay que reconducirla, según la terminología de la Propuesta de Modernización del Código Civil, a variaciones que no supongan una alteración significativa de la primera propuesta, por lo que podría concluirse que dichos cambios no pueden afectar a componentes imprescindibles del futuro contrato.

---

<sup>860</sup> SSTs, Sala de lo Civil, 15 febrero 1974 y 19 junio 1980, en cuanto a la primera opción y 3 noviembre 1955, 30 enero 1965 y 7 junio 1986, exponentes de la segunda opción, aunque con diferentes resultados.

<sup>861</sup> DURANY PICH (op. cit., p. 1063) formula, con apoyo en el estudio de las diversas sentencias del Tribunal Supremo que cita, una conclusión en consonancia con el espíritu que preside esta investigación: la doctrina tradicional de contratos no responde al criterio moderno de que la contratación actual versa sobre lo básico del contrato, lo que también ha venido aplicando el Tribunal Supremo. Además, el mismo autor señala, como corolario final, que su trabajo se ha ocupado de estudiar la falta de adecuación de nuestra doctrina tradicional de contratos a las necesidades de las transacciones modernas y, en concreto, de lo anticuado del requisito de la perfecta identidad entre la oferta y la aceptación. Igualmente, en apoyo de que nuestro ordenamiento debe afrontar dicha situación, y que no resulta suficiente que el Tribunal Supremo haya venido flexibilizando el rígido criterio tradicional, argumenta que se haya regulado en Estados Unidos, que la Convención de Viena de 1980 incluya un artículo sobre la cuestión y que la jurisprudencia alemana haya elaborado una doctrina.

<sup>862</sup> CARRASCO PERERA (op. cit., pp.199 y 200) explica que en la literatura jurídica, así como en los pronunciamientos judiciales que afirman contener la opinión dominante en ese ámbito, se ha mantenido que en el ordenamiento español impera la *regla del espejo* o, en su defecto, que es la máxima que la jurisprudencia sostiene como resultado apropiado de la exégesis de nuestras normas. Por el contrario, el citado autor asegura que nuestro Alto Tribunal jamás ha empleado la citada *regla del espejo* como doctrina resolutoria de casos, y que, equivocadamente, se han asumido declaraciones jurisprudenciales descontextualizadas como un principio para la resolución de supuestos. Asimismo, afirma que cuando el Tribunal Supremo ha negado la validez de una declaración como aceptación existían otros motivos decisivos para llegar a dicha conclusión, diferentes a la mera aplicación de un aforismo fuera de contexto. A fin de corroborar su explicación, el citado autor cita, como sentencias que valora relevantes, las SSTs, Sala de lo Civil, 3 noviembre 1955, 10 octubre 1962, 30 enero 1965, 14 marzo 1973, 7 junio 1986, 30 mayo 1996, 5 diciembre 1996, 20 abril 2001 y 13 octubre 2005.

<sup>863</sup> MALO VALENZUELA (op. cit., pp. 2254 a 2256) indica que, a pesar de la evolución doctrinal expuesta, existen autores que han censurado las resoluciones judiciales que han considerado válidas las aceptaciones que modificaban la oferta contractual, entre las que destaca las STS, Sala de lo Civil, 3 noviembre 1955, 30 enero 1965 y 30 octubre 1995. Dichos autores sostienen que la única interpretación posible es entender que el destinatario aceptó la oferta por lo que el contrato quedó perfeccionado, y que en la misma aceptación sugirió al oferente una modificación del texto ya aceptado como contrato, que, de aceptarse, daría lugar a un segundo contrato que rectificaría o complementaría el primero. En este sentido, cfr. DURANY PICH, op. cit., pp. 1068 y 1069.

Si seguimos respetando el léxico de la citada Propuesta de Modernización, la incógnita que debemos despejar estriba en qué clase de modificaciones, adiciones o limitaciones alteran o no significativamente la oferta. De esta forma, según la opinión de algunos autores, nos vemos obligados de nuevo a acudir a la tradicional distinción entre elementos esenciales y accidentales del contrato<sup>864</sup>. Resulta ciertamente sensato dicho dictamen, por cuanto parece natural la equiparación entre una alteración significativa de la oferta y la variación que afecta a un ingrediente ineludible del futuro contrato<sup>865</sup>, que, según la dogmática clásica, se debe contener inicialmente en la primitiva propuesta<sup>866</sup>.

La equivalencia indicada se muestra todavía más patente si acudimos a las expresiones que, habitualmente, han venido empleando otros ordenamientos jurídicos, y que han reflejado igualmente los instrumentos internacionales y textos de *soft law* en que se apoya la Propuesta objeto de nuestra investigación. En éstos se alude, en primer lugar, al vocablo genérico “alteración” o “alterar” en referencia a la modificación introducida por el eventual aceptante, que puede consistir en una adición, supresión, limitación, introducción de cláusulas distintas o cualquier otro cambio de las condiciones establecidas en la oferta. En segundo lugar, y donde observamos la única discrepancia entre tales instrumentos -aunque entendemos que es meramente semántica-, utilizan diferentes términos para calificar dicha “alteración”, en concreto, “sustancial, esencial o material”, mientras la Propuesta de

---

<sup>864</sup> MARTINEZ GALLEGU, “*La formación del...*”, cit., p. 98. Por el contrario, DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos...*”, cit., p. 382) dice que la sustancialidad que surge en el ámbito de la contraoferta se aleja de la dogmática sobre los elementos esenciales y accidentales del contrato. Añade que hay dos criterios para definir tal concepto: el subjetivo, según el cual la sustancialidad la determinan las partes, y el objetivo, para el que lo decisivo es la importancia de las cláusulas divergentes en relación con la economía del contrato y con la diferencia de onerosidad que genere.

<sup>865</sup> DURANY PICH (op. cit., p. 1019) apunta que “Es por ello que con el tiempo se ha ido gestando entre los operadores jurídicos y económicos internacionales una opinión que se basa en dos afirmaciones: a) para que un contrato se concluya no es necesario el acuerdo de todos los elementos esenciales del mismo. Esta afirmación parte de una distinción entre los elementos esenciales y accidentales del mismo; b) si se llevan a cabo las prestaciones de un contrato sin que se haya formulado objeción alguna a las condiciones impuestas enviadas por la contraparte, tal omisión implica la aceptación de las mismas, constituyendo un caso de silencio relevante. En definitiva, esta evolución se caracteriza por otorgar *mayor importancia a la tutela de la buena fe* de las partes en orden a la existencia de un vínculo contractual, en contraposición con la exigencia de certeza del derecho o seguridad jurídica, basada en la exacta identidad entre la oferta y aceptación”.

<sup>866</sup> SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., pp. 235 y 236) comparte la premisa tradicional de la necesidad del principio de identidad entre la proposición y la aceptación, y esa coincidencia la proyecta hacia los elementos esenciales del contrato. Asimismo, asegura que la determinación de la existencia de esa concomitancia que conduce al nacimiento del consentimiento, y, por tanto, del contrato es un dilema de cada relación contractual en proyecto. Igualmente, hemos de tener en cuenta la puntualización que nos ofrece este autor, cuyas palabras vamos a reproducir fielmente a causa de la especificidad de esa matización: “Pero esta *identidad* tiene dos puntos de vista para su consideración, que responden a la noción de *fondo* ó *esencia* y *forma* ó *expresión*, que en todos los hechos humanos se ofrecen: la identidad *por dentro* y la identidad *por fuera*; la primera deducida de la segunda. A la identidad *interna* corresponde la conformidad total de los contrayentes en las personas, en las cosas, en la naturaleza del contrato. A la identidad *externa* se refiere la declaración de la voluntad de las partes proponente y aceptante, el contenido, modalidades interiores y accidentales de esa voluntad en cada caso, ó sea la *circunstancialidad* del mismo, el *tiempo* en el que han de coincidir ambas voluntades, y la general ó especial *forma externa*, con que, según la ley, ha de hacerse dicha manifestación”.

Modernización opta por el adjetivo “significativa”, pero, en principio, no resulta aventurado indicar que pueden funcionar como vocablos sinónimos<sup>867</sup>.

Por consiguiente, podemos establecer un claro paralelismo entre lo que se puede entender como una modificación significativa de los términos de la oferta y la que pudiera conceptuarse como sustancial, esencial o material. Sin embargo, si retomamos el interrogante que nos surgía en párrafos precedentes, esta conclusión no nos ayuda a determinar el alcance de ese tipo de transformación<sup>868</sup>. En puridad, la pregunta indicada podría simplificarse en el sentido de que lo que hemos de concretar es si un cambio significativo, sustancial, esencial o material del contenido de la propuesta inicial es aquél que únicamente se proyecta, según la distinción tradicionalmente respetada, en los elementos necesarios de la misma, y, por ende, del contrato, y en qué grado o medida, o cabría plantear que afectase a otros componentes<sup>869</sup>.

*Sensu contrario*, la interpelación se traslada hacia la posibilidad de que una mínima alteración ejercida sobre uno de los ingredientes necesarios del contrato, y reflejado previamente en la oferta, *v. gr.* el precio, pueda calificarse como una variación insignificante, insustancial, accidental o inmaterial<sup>870</sup>. A estos efectos,

---

<sup>867</sup> Sin embargo, LANDO y BEALE (op. cit., p. 165) entienden que “Conforme a los principios, sustancial («material») es diferente de esencial («fundamental»); esta última es la expresión que se utiliza para valorar si un incumplimiento justifica la extinción del contrato (v. arts. 9:301 y conexos) y también se aplica para determinar si un error de hecho o de derecho es suficientemente serio para justificar la anulación (v. art. 4:103). Una cuestión esencial (fundamental) es de mayor importancia que una cuestión meramente sustancial (material)”. Asimismo, los citados autores ponen de manifiesto las dificultades para la correcta traducción de estos términos, ya que “[...] la versión francesa de estos Principios utiliza la palabra «substantielle» en lugar de la inglesa «material». Y ello porque, en francés, «materiel» tiene un significado distinto al inglés «material»; inversamente, la palabra inglesa «substantial» comporta una dosis de seriedad o importancia que no tiene la palabra «material», al menos como se define en el artículo 1:301 (f)”. Por su parte, el traductor introduce una nota en la que aclara que ha excluido la utilización del vocablo «material» en la versión española porque se corría el riesgo de que se entendiera únicamente «lo opuesto a la forma», y ha optado por el término «sustancial», de forma paralela a la versión francesa.

<sup>868</sup> DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO (“*Los principios...*”, cit., pp. 190 y 191) también señalan el problema de determinar qué deben valorarse como desviaciones sustanciales. Con dicha finalidad, analizan que el artículo 19 de la Convención de Viena de 1980 contiene una lista enunciativa de los extremos que han de considerarse esenciales o sustanciales, mientras que el artículo 2:208 de los PECL opta por abandonar ese sistema, al entender que su valor normativo no es completo y depende en gran parte de las circunstancias específicas existentes entre las partes. Por consiguiente, los mencionados autores concluyen que resulta más oportuno considerar sustancial una cláusula si el destinatario de la oferta conocía, o debía haber conocido, que la decisión del proponente hubiera cambiado si éste hubiera podido evaluar la celebración del contrato con las adiciones o modificaciones incorporadas por aquél.

<sup>869</sup> Por otra parte, CUADRADO PÉREZ (“*La formación...*”, cit., pp. 238 y 239) resalta una omisión notable en los planteamientos de la Propuesta de Modernización del Código Civil y de los textos de Derecho Uniforme en que se apoya, y que se concreta en la falta de previsión de la perspectiva desde la que se debe evaluar la sustancialidad de las modificaciones introducidas por el destinatario de la oferta. De esta forma, no sabemos si se ha de atender a una valoración objetiva o subjetiva. El autor mencionado sostiene que se trata de una cuestión compleja y, por tanto, la respuesta no aparece de forma incuestionable, si bien se muestra partidario de que nuestro legislador utilice la ocasión del proyecto de reforma que encarna dicha Propuesta de Modernización para establecer pautas claras en este tema. Además, destaca que la dificultad surge cuando, desde un plano objetivo, no cabe atribuir a la estipulación en cuestión un carácter esencial, y tampoco se le haya conferido explícitamente por el oferente. Finalmente, este autor concluye que la solución debe adoptar tintes restrictivos en atención a los principios inherentes a todos los instrumentos internacionales analizados y a la misma Propuesta de Modernización, en orden al fomento de la contratación y a la tutela de la confianza.

<sup>870</sup> En esta dirección, hemos de citar la STS, Sala de lo Civil, 13 octubre 2005, en la que nuestro Alto Tribunal sostiene la perfección del contrato, a pesar de que el aceptante había incorporado a la propuesta inicial una serie de extremos que ésta no contemplaba. En concreto, que no cedería la posesión de la finca hasta la firma de la escritura, que ésta debía firmarse

hemos de rememorar nuestra exposición sobre la constatación de una clara tendencia hacia la progresiva flexibilización de uno de los requisitos tradicionalmente considerados como un elemento esencial del contrato, cual es el coste de las mercancías o servicios. De esta manera, si se ha llegado a admitir que resulta válida una oferta, e incluso un convenio contractual, en los que no se concreta la prestación que ha de entregar o realizar el destinatario, ni las pautas para determinarla, es perfectamente lícito que alberguemos dudas sobre la calificación como genuina aceptación de una contraoferta que varíe escasamente el precio señalado por el oferente inicial.

## **b. LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS ANTECESORES: POSTURAS Y MATICES**

Debemos destacar que las nuevas directrices doctrinales expuestas están, a nuestro juicio apropiadamente, en sintonía con la postura adoptada por los textos internacionales que han inspirado la redacción de la Propuesta de Modernización del Código Civil, aunque también existen diferencias en la plasmación de las respectivas posiciones de los citados textos<sup>871</sup>. El punto de partida se sitúa en el artículo 7 de la LUF, que recogía en su primer apartado la tradicional “*regla del espejo*”, es decir, la exigencia de la completa coincidencia entre oferta y aceptación<sup>872</sup>. Además, resolvía definitivamente la controversia sobre si la contraoferta extinguía

---

antes de tres meses, y que, al menos, un 15% del precio se le debería pagar en el momento de dicha firma. Por consiguiente, sólo cabe concluir que estas tres adiciones fueron consideradas por el Tribunal Supremo como accidentales, o, según los adjetivos acuñados por los textos objeto de nuestra investigación, no alcanzaron la consideración de esenciales, ni de materiales, ni de sustanciales. En el otro extremo, la STS, Sala de lo Civil, 30 mayo 1996, decide sobre un supuesto en el que, claramente, no había identidad entre la oferta y la aceptación, en cuanto la segunda declaración no se acomodaba a puntos esenciales de la primera: “[...] indudablemente que no se puede dar como realizada la aceptación pretendida por la parte reconviniente, y esto por la evidente razón de que en la oferta figuran cuatro proposiciones distintas, y en la última una solución contradictoria, siendo la respuesta que se da imprecisa e incompleta; se puede entender que Doña Natividad admite la existencia de una copropiedad indivisa, y la voluntad de los actores de disolver la indivisión, pero no ocurre lo mismo con el desalojo de la finca, que no se realiza, y con la forma de disolver la indivisión, al no concretar la aceptante presunta si compra o vende”.

<sup>871</sup> MALO VALENZUELA (op. cit., pp. 2275 y 2276) entiende que resulta evidente que el favorecimiento y conservación de la contratación supone revisar las tradicionales reglas del Derecho español sobre la tempestividad y la congruencia de la aceptación de la oferta. Aunque el citado autor reconoce que son una plasmación del principio de seguridad jurídica que debe amparar el desarrollo de los tratos preliminares y de las relaciones contractuales entre las partes, deben ser objeto de una flexibilización con el fin de permitir que el oferente, al que se pretende proteger mediante tales reglas, pueda exceptuarlas en su beneficio y en el del aceptante. En esta línea, señala el mismo autor que la adecuada revisión de dichas reglas se observa en la Convención de Viena de 1980, los principios de Unidroit y los PECL, ya que, sin obviar las exigencias generales de tempestividad y congruencia de la aceptación de la oferta, hacen posible el nacimiento y la conservación del contrato cuando ambas partes están interesadas en su formación. En la misma línea, MARTÍNEZ GALLEGU (op. cit., p. 104) afirma, parafraseando el título de la obra citada en este trabajo de DURANY PICH, que «el espejo se ha roto», ya que no se exige la total coincidencia de la oferta y la aceptación, sino que resulta suficiente que el acuerdo recaiga sobre los elementos esenciales del contrato. Con relación a los elementos no esenciales, si no hay acuerdo, se regularán por las disposiciones legales y, en su defecto, por los usos del tráfico a juicio de los Tribunales.

<sup>872</sup> FERRARI (op. cit., p. 145) expone que la mayoría de los ordenamientos respetan el principio de que la respuesta del destinatario debe corresponderse completamente con la propuesta inicial, de suerte que, en caso de disconformidad de aquella con ésta, no estaremos ante una aceptación sino ante una contraoferta. En esta dirección, cita los artículos 1.326, nº 5 Código Civil italiano, el § 60 *Restatement* –sin mayor precisión–, 528 Código Civil japonés, 41 Ley de las Obligaciones yugoslava, § 150 B.G.B., 213, nº 3 Código Civil húngaro y 60 Código Civil argelino.

o no la propuesta inicial, por cuanto contemplaba expresamente que aquélla supone la repulsa de ésta.

Asimismo, el artículo 7 (2) de la Ley uniforme mencionada establecía una excepción a la citada norma de carácter general, según la cual *“La respuesta de una oferta que pretenda ser una aceptación pero que contenga términos adicionales o diferentes que no alteren materialmente los términos de la oferta constituirá una aceptación a menos que el oferente objete prontamente la discrepancia; de no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación”*. Si comparamos el tenor literal de este precepto, al que podemos catalogar como la versión inicial, con el correspondiente al artículo 1.251, n° 1, 2° párrafo de la Propuesta de Modernización del Código Civil, se observan varias diferencias.

De manera sintética, hemos de señalar que se elimina una posible reiteración, se hace referencia a adiciones y a modificaciones en lugar de a términos adicionales o diferentes, se alude a una alteración significativa frente a una material, se descarta la validez de esta excepción cuando el oferente hubiera reclamado una aceptación pura y simple, y, finalmente, se aclara el efecto de la exclusión que estamos examinando. A efectos de conseguir la óptica adecuada para juzgar la postura más apropiada en esta materia, creemos necesario revisar el proceso histórico legislativo que ha atravesado hasta llegar a la situación contemporánea<sup>873</sup>.

En primer lugar, hemos de dirigir nuestra mirada hacia la Convención de Viena de 1980, en cuyo artículo 19 se aborda la regulación de la aceptación que modifica la oferta precedente. El proceso de elaboración del precepto mencionado estuvo jalonado de agrias discusiones y enfrentamientos entre los partidarios de la *“regla del espejo”* y los detractores de la misma. Los primeros esgrimían la seguridad y certeza jurídica que, en su opinión, proporciona la tradicional máxima, mientras que sus contrarios, inmersos en la búsqueda de la simplificación del proceso de formación del contrato con el objetivo de promover el tráfico comercial, defendían la eliminación de la necesidad de concordancia entre la propuesta inicial y su respuesta<sup>874</sup>.

---

<sup>873</sup> También debemos hacer partícipes del análisis que hemos planteado a las diferentes propuestas legislativas que nos sirven de contraste para profundizar en el examen de la Propuesta de Modernización del Código Civil y sus precursores. Debemos comenzar por resaltar que, afortunadamente, el *Feasibility study*, en el artículo 39 versión agosto 2011, opta por hacer una refundición de los preceptos que la citada Propuesta de Modernización y sus antecesores dedican a este tema, de forma que prevé todos los aspectos espinosos a resolver, mientras que el anterior artículo 37 versión mayo 2011 está más próximo a la posición de los Principios Unidroit, los PECL, el DCFR y la Propuesta de Modernización. También consideramos acertado que la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea –artículo 38– continúe la línea marcada por el último borrador de su predecesor más inmediato.

<sup>874</sup> GARCÍA-GRANERO COLOMER (op. cit., pp. 429 y 430) explica que, ante los inconvenientes derivados de la postura tradicional que defiende la aplicación estricta de las dos reglas mencionadas –*regla de la imagen del espejo* o *del espejo y regla de la última palabra* o *del último disparo*–, ha ido generándose en la doctrina internacional y en los operadores económicos la convicción de la necesidad de superar esos dos tradicionales axiomas. De esta forma, ha surgido una corriente de opinión que concede al principio de la buena fe una preponderancia superior a la máxima de la seguridad o la



En consonancia con las posiciones expuestas, los tradicionalistas pretendían la supresión del párrafo (2) del artículo 7 de la LUF básicamente por dos razones. La primera descansa, lógicamente, en que suponía una rectificación de la regla general al permitir su exclusión en determinadas circunstancias. La segunda radica en la complejidad de la construcción de la excepción anterior, de modo que alegaban que resultaría muy difícil definir en qué condiciones se producía la alteración material de una oferta. Obviamente, los reformistas se oponían a dichas pretensiones. En tal tesitura, se trabajó en la consecución de una solución de consenso, de forma que se mantuvieron los dos párrafos previstos por la LUF, aunque con ciertas matizaciones, y se introdujo, para lograr un compromiso entre ambas posturas, un tercer párrafo en el que se enumeraban, con carácter no exhaustivo, varios ejemplos de modificación material o sustancial de una oferta para ayudar a precisar dicho concepto<sup>875</sup>.

Finalmente, el primer apartado del artículo 19 es muy similar al artículo 7 (1) de la LUF, por cuanto consagra el principio tradicional de la conformidad entre la oferta y la aceptación y, además, el rechazo de la oferta como consecuencia de la formulación de una contraoferta, cuestión que tampoco estuvo exenta de intensas discusiones<sup>876</sup>. Pese a la lógica de los razonamientos aducidos, de uno y otro signo, para resolver esta confrontación, y con apoyo en el carácter recepticio de las manifestaciones de voluntad acaecidas en el proceso de formación del contrato y en el *principio de llegada* imperante, el texto vienés se decantó por la identificación de la contraoferta con el repudio de la propuesta original. Por consiguiente, una vez que el oferente recibe la respuesta del destinatario que modifica los términos de la primera, la proposición primigenia se extingue y el hipotético aceptante no podrá

---

certeza en el tráfico. Esa tendencia se concreta en tres axiomas básicos. El primero, obviamente, refleja la ruptura con la exigencia de la identidad entre la oferta y la aceptación, aunque introduce la necesidad de diferenciar entre elementos esenciales y accidentales en caso de divergencia. En segundo lugar, la perfección contractual se circunscribe al concierto sobre los componentes necesarios. Por último, si el proponente inicial ejecuta la prestación sin manifestar ningún tipo de protesta ante a las condiciones impuestas por el hipotético aceptante, ese silencio determinará la conformidad de aquél con tales estipulaciones. Asimismo, la citada autora expone que los postulados indicados se han plasmado en la legislación de países, como Estados Unidos –*Restatement of Contract* y § 207 del U.C.C.-. Para finalizar, la autora mencionada concluye que, con independencia de las diversas soluciones que se adopten, se detecta un denominador común que se proyecta en la determinación de ofrecer un remedio satisfactorio a las diferentes e innumerables problemáticas que la realidad nos ofrece en el día a día, y, además, de forma individualizada, frente al rígido esquema que proporcionan los dos aforismos clásicos.

<sup>875</sup> DURANY PICH, op. cit., p. 1079.

<sup>876</sup> CUADRADO PÉREZ (“*Oferta, aceptación, ...*”, cit., p. 191) manifiesta que la solución adoptada por la Convención de Viena de 1980 resulta singular, dado su carácter mercantil, porque parece apoyar más la seguridad jurídica -principio típicamente civil-, que la seguridad del tráfico -máxima mercantil-. En este sentido, no favorece la contratación el hecho de que considerar que si las modificaciones de la aceptación son sustanciales, se debe entender rechazada la oferta inicial. Además, dicho autor considera que, en el Derecho español, se debe extender esa solución a los supuestos de modificaciones no esenciales. En el mismo sentido, el citado autor en una obra posterior –“*La formación ...*”, cit., p. 246- señala que la solución de la extinción de la propuesta inicial le parece atinada, pero resulta sorprendente su inserción en los instrumentos internacionales que guiaron los pasos de los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil, ya que éstos se hallan presididos por el propósito de favorecer enormemente la contratación, y estimar extinguida la propuesta colisiona frontalmente con dicha filosofía.

invocar la subsistencia de la propuesta original para prestar su conformidad con la misma<sup>877</sup>.

Asimismo, debemos centrar nuestra atención en la frase “*La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación*”, que también heredó de la LUF la redacción de la Convención de Viena de 1980. La doctrina coincide en que fue un acierto mantener el vocablo “*respuesta*”, porque es lo suficientemente amplio como para abarcar las comunicaciones orales y escritas o efectuadas por medios análogos, así como los actos que demuestren el asentimiento del destinatario de la oferta. Además, se pone de relieve que la utilización del verbo “*pretender*” abre un abanico de interpretaciones, si bien no se decanta unánimemente por una concreta<sup>878</sup>. Igualmente, se puntualiza convenientemente el término “*respuesta*” con la expresión “*que pretenda ser una aceptación*”, porque, como hemos abordado anteriormente, el receptor de la oferta puede formular una contestación cuyo objetivo no sea aprobarla. En este sentido, la utilización de dicha locución remarca la exigencia de que toda aceptación ha de contener voluntad de vinculación contractual<sup>879</sup>.

En cuanto al segundo apartado del citado artículo 19, hemos de destacar que también la semejanza con su predecesor es notable, si bien cambian algunos términos<sup>880</sup>. Como el artículo 7 (2) de la LUF, en primera instancia, contiene la excepción a la regla general que hemos venido planteando: si la modificación no altera sustancialmente la oferta, no estaremos ante una contraoferta, sino ante una verdadera aceptación –su antecesor se refería a alteración “material”-. En segundo lugar, y en línea con su antecedente, posibilita descartar la vigencia de la excepción anterior cuando el oferente objete sin demora injustificada la falta de conformidad de la contestación del destinatario con su propuesta, por lo que dicha respuesta no logrará configurarse como aceptación<sup>881</sup>. Los cambios introducidos en este punto se

---

<sup>877</sup> CUADRADO PÉREZ (“*Oferta, aceptación, ...*”, cit., p. 191) realiza una salvedad a la conclusión expuesta en la nota anterior con relación a las ofertas dirigidas al público, de forma que, por las especiales características de tales propuestas, la contraoferta de uno de sus indeterminados destinatarios no es suficiente para extinguir dicha propuesta. De hecho, considera que tampoco el rechazo expreso puede calificarse como causa de extinción de las ofertas al público. En idéntica dirección, el mismo autor en “*La formación ...*”, cit., p. 246.

<sup>878</sup> GARCÍA-GRANERO COLOMER (op. cit., p. 434) entiende que el vocablo “*pretende*” puede tener varias interpretaciones, ya sea considerar que la contestación nunca fue una verdadera conformidad o que su finalidad sea indagar la posibilidad de cambios sin que ello suponga la repulsa de la propuesta primigenia, ya sea resaltar la voluntad del aceptante, e introducir el componente subjetivo. En cuanto a la palabra “*respuesta*” considera que debe llevarse a cabo una amplia exégesis de la misma, por lo que comprendería todo acto del destinatario.

<sup>879</sup> DÍEZ-PICAZO, “*La formación del...*”, cit., p. 26.

<sup>880</sup> DÍEZ-PICAZO (“*¿Una nueva doctrina general...*”, cit., p. 1715) dice que el artículo 19, 2) de la Convención de Viena de 1980 acoge la misma solución que el Código de Comercio Unificado estadounidense, aunque alguna fisura de la regla tradicional del espejo se podía ya vislumbrar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán. Asimismo, el autor mencionado (“*La formación del...*”, cit., p. 25) destaca las tres reglas que aparecen el artículo 2.207 del citado Código.

<sup>881</sup> DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos...*”, cit., p. 383) manifiesta, en relación a las alteraciones no sustanciales, que el desconformidad del oferente con las modificaciones no transforma dicha respuesta en rechazo de la oferta, ni tampoco constituye revocación o caducidad de la oferta. Por consiguiente, salvo que mediante la objeción también se manifieste expresamente una voluntad revocatoria, el destinatario puede todavía aceptarla, siempre que renuncie a las modificaciones por él introducidas o pretendidas.

refieren, por un lado, a la sustitución del adverbio “*prontamente*” por la expresión “*sin demora injustificada*”, y, por otro lado, a que el texto vienés especifica que el oferente puede expresar su reparo verbalmente o mediante el envío de una comunicación<sup>882</sup>.

Por nuestra parte, observamos que ambas modificaciones se corresponden prácticamente con las expresiones utilizadas con relación a la objeción que el oferente puede esgrimir frente a una aceptación tardía, bien porque se hubiera formulado con posterioridad a la expiración de la vigencia de la propuesta inicial, bien porque hubiera llegado a manos –o, en su caso, al conocimiento– del oferente una vez finalizada la duración de la oferta. Sin embargo, detectamos una leve discrepancia en cuanto al margen temporal del que dispone el proponente a fin de rechazar la aquiescencia retrasada –“*sin demora*”–, o del que proponía la LUF para rehusar una contestación que introduzca cambios en la propuesta original. De esta manera, parece que la Convención vienesa permitiría al oferente cierta tardanza en mostrar su repulsa ante la respuesta que no altere sustancialmente su proposición, siempre que obedezca a un motivo justificado.

Por último, y al igual que su antecesor, el artículo 19, 2) de la Convención de 1980 finaliza sus previsiones mediante la determinación del criterio para delimitar el contenido del contrato. Se trata de una opción que parece pretender compensar al oferente a causa de la gravosa coyuntura en la que le sitúa previamente la propia norma. En este sentido, la configuración de las cláusulas del contrato parte de los extremos comprendidos inicialmente en la oferta, pero se complementa con las alteraciones contenidas en la aceptación<sup>883</sup>. Por consiguiente, si la variación contenida en la respuesta del destinatario de la oferta consiste en la adición de un término que no figuraba en la proposición inicial, se suma a los contemplados por la oferta. En la misma dirección, si la contestación comprende una estipulación

---

<sup>882</sup> PERALES VISCASILLAS (“*Formación, VVAA Comentario...*”, cit., p. 143) extrae una conclusión sobre la especificación de la forma en que el oferente puede manifestar su objeción a las alteraciones no sustanciales introducidas por el destinatario en su respuesta, en contraste con el planteamiento adoptado por los Principios Unidroit. La autora considera que la Convención de Viena de 1980, cuando alude a que el oferente “envíe” una comunicación objetando la discrepancia, está optando por la *teoría de la emisión* para la efectividad de la notificación escrita informando de la no perfección del contrato y, por tanto, modificando la regla general del principio de llegada. Sin embargo, los Principios Unidroit sólo indican que el oferente debe objetar la discrepancia, por lo que, si la realiza mediante una comunicación, ésta será efectiva de acuerdo con el principio de llegada.

<sup>883</sup> Sin embargo, el Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía contempla, desde un plano levemente diferente, los efectos de una aceptación que no sea totalmente conforme con la oferta en su artículo 16, nº 6 y 7, en el sentido de equipararla al rechazo de la proposición inicial y de configurar una nueva proposición contractual, salvo en el caso de que las modificaciones que introduzca la respuesta del destinatario sean estipulaciones distintas que no modifiquen sustancialmente la propuesta primigenia al afectar a cuestiones secundarias del negocio, y el autor de dicha aquélla no comunique rápidamente su disconformidad con tales alteraciones. También la conclusión se aparta de las previsiones de los demás textos y proyectos legislativos examinados, dado que si concurren las dos circunstancias señaladas en el precepto mencionado, el contrato se estimará perfeccionado conforme únicamente a la aceptación.

diferente a su homóloga en la propuesta primitiva, la previsión contenida en dicha respuesta sustituirá a la que contemplaba la oferta originaria<sup>884</sup>.

Por consiguiente, el artículo 19, 2) de la Convención de Viena de 1980 abre dos interrogantes, el primero de los cuales juzgamos trascendental. Por una parte, resulta imperioso concretar qué debemos entender por alteración sustancial, tanto cuando se exteriorice mediante la adición de un elemento novedoso como si implica la incorporación de un componente diferente, y, por tanto, que contradiga uno de los términos de la oferta<sup>885</sup>. En este momento, queremos recordar que nos planteamos similar incertidumbre al hilo del examen de las previsiones de la Propuesta de Modernización del Código Civil. Por otra parte, sería conveniente precisar en qué plazo debe oponerse el oferente a las modificaciones no sustanciales, dado que el precepto se limita a indicar que ha de hacerlo “*sin demora injustificada*”. La resolución de la primera de las dos cuestiones planteadas la vamos a posponer al estudio del tercer apartado de este artículo, porque, como avanzamos, enuncia varios ejemplos de modificación sustancial, que, lógicamente, nos auxiliarán en la tarea de su concreción.

Por lo que concierne a la segunda interpelación, la doctrina apunta que no puede fijarse un plazo determinado “*a priori*”, sino que dependerá de cada caso concreto. No obstante, también se señala que dicho lapso temporal deberá interpretarse de forma restrictiva por varias razones. En primer lugar, se contiene en una excepción, mientras que la regla general es la presunción de que si el oferente no objeta las modificaciones introducidas, se debe entender que las acepta. Además, pese a no existir unanimidad, se puede defender que el artículo 7 de la Convención de Viena de 1980 establece que la interpretación de la misma se adecúe al *principio de la buena fe*, lo que, en este preciso aspecto, exigiría la celeridad de las notificaciones entre los intervinientes<sup>886</sup>. Por último, se aduce la aplicación analógica de las circunstancias previstas en el artículo 18, 2) a efectos de concretar el periodo

---

<sup>884</sup> DURANY PICH (op. cit., p. 1085) explica que la otra opción consistía en configurar el contrato de acuerdo a los términos de la aceptación, de forma que los términos que no se contuviesen en la aceptación no formarían parte del contrato, aunque sí se contuviesen en la oferta, lo que perjudicaría aún más al oferente.

<sup>885</sup> Vid. los comentarios realizados al artículo II.- 4:208 del DCFR (op. cit., p. 324), en los que se argumenta que “Whether an alteration is material is a question of degree to be decided on the facts of each case. An alteration would not be material if it would not be likely to influence the offeror in deciding whether to contract or as to the terms on which to contract. CISG art. 19(3), provides a list of additional and different terms which are to be considered material, such as terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party’s liability to the other, or the settlement of disputes. This technique has not been used in the present Article. The range of contracts and circumstances covered by the model rules is so extensive that any such list could only have been illustrative. For example, though a clause relating to settlement of disputes is often material, if among merchants in the trade it is usual, though not customary, to refer disputes to settlement by arbitration, an arbitration clause in the offeree’s answer will not materially alter the terms of the contract”.

<sup>886</sup> Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO (“*Los principios...*”, cit., pp. 190 y 191) interpretan que el rechazo a las modificaciones introducidas en la aceptación debe realizarse por el oferente en un plazo razonable, que significa un lapso temporal muy próximo a aquel en que recibió la citada declaración, porque la tardanza sería contraria a la buena fe.

razonable en que la respuesta del eventual aceptante debe llegar al oferente si éste no lo ha fijado expresamente, entre las que figura la rapidez de los medios de comunicación empleados.

El tercer apartado del artículo 19 establece, de forma ejemplificativa, que alcanzan la consideración de modificaciones sustanciales de la oferta las que se refieren al precio, al pago, a la calidad y cantidad de las mercaderías, al lugar y fecha de entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra y a la solución de controversias<sup>887</sup>. Ante la tesitura de creer que hemos resuelto la principal de las incógnitas que nos sugería el artículo 19,2), un sector de la doctrina ha puesto de relieve que las hipótesis propuestas afectan a la mayoría de los elementos habituales del contrato, por lo que la posibilidad real de que el eventual aceptante pueda alterar, en mayor o menor medida, los términos de la oferta es bastante escasa<sup>888</sup>. En esta línea, se concluye que, aunque la Convención de Viena de 1980 parece separarse de la tradicional “*regla del espejo*”, porque -de acuerdo con el artículo 19, 2)- se podrían entender perfeccionados contratos sin la conformidad total entre la oferta y la aceptación, la amplitud de los supuestos calificados como alteraciones sustanciales en el artículo 19, 3), frustra tal expectativa<sup>889</sup>.

---

<sup>887</sup> El artículo 1:301 (5), que se rubrica “*Definiciones*”, señala que “*Un elemento o cuestión será «sustancial» cuando cualquier persona razonable que se hallara en la misma situación que las partes, debiera entender que iba a influir en el otro contratante en su decisión de aceptar las condiciones propuestas o de celebrar el contrato en sí*”. Por su parte, consta al pie una nota del traductor en la que explica que la versión inglesa utiliza el adjetivo “material” mientras que la versión francesa ha optado por la expresión “substantielle”. Por su parte, LANDO y BEALE (op. cit., pp. 164 y 165) explican, previa referencia a los artículos 2:208 –aceptación con modificaciones- y 2:210 –confirmación escrita de un profesional-, que el criterio para discernir esta trascendente problemática gravita sobre si la parte que propuso los términos nuevos o diferentes esperaba que influyeran de alguna manera en la decisión de la otra parte. De este modo, no serán cuestiones sustanciales cuando una persona razonable que se hallara en la misma situación no lo hubiera pretendido.

<sup>888</sup> LARA AGUADO (op. cit., p. 68) pone de relieve que “[...] En este punto, la CV se desvía del resto de textos, en la medida en que se contiene en su art. 19.3º una enumeración de las modificaciones que se juzgan sustanciales y que coincide con lo que, en la dogmática de los Códigos, constituyen elementos esenciales del contrato (...). Esta enumeración tan detallada parece no dejar espacio a modificaciones insustanciales que podrían permitir la perfección del contrato, por lo que deja prácticamente sin contenido al art. 19.2º que se inclinaba por una postura más flexible, aunque es cierto que facilita la labor del juez al apreciar lo que es sustancial. (...) En todo caso, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, pues el objetivo es favorecer la celebración del contrato. Por eso, pese a la previsión de esta enumeración en el art. 19.3º CV, la razonabilidad debe estar presente en la interpretación de los términos de los contratos, pues, pese a que en la aceptación se modifique algún aspecto relacionado con esos elementos, no siempre tendrá que concluirse que se ha producido una alteración sustancial de los términos de la oferta”.

<sup>889</sup> DURANY PICH (op. cit., pp. 1093 y 1094) dice que “Las críticas efectuadas contra este artículo han sido varias, y reflejan una realidad de fondo: el intento de reformar el derecho de contratos tradicional en el terreno de su formación, y su neutralización. Y en este forcejeo han quedado cabos sueltos. La principal crítica hace referencia a la distinción entre términos que alteran sustancialmente los elementos de la oferta y los que no. Sobre todo qué otros términos no recogidos en el párrafo (3) pueden considerarse que alteran sustancialmente el contrato. (...) Una segunda crítica reside en el alcance que haya de darse a algunas expresiones del párrafo (3). Por ejemplo, una cláusula de limitación de la responsabilidad tiene que ver con el «grado de responsabilidad de una parte respecto de la otra». Pero ¿qué ocurre con una cláusula que excluya la responsabilidad en caso de fuerza mayor? No hace referencia al *grado* pero sí a la *existencia* de la responsabilidad. Y lo mismo puede ocurrir con una cláusula arbitral, que tiene relación con «la solución de las controversias». ¿Qué ocurre con una cláusula de elección de ley aplicable, pues no hace referencia a la *solución* de las disputas pero sí a las reglas bajo las cuales las mismas serán dirimidas?. Ante esto, como hemos dicho antes, parece preferible dar una lectura restrictiva de los supuestos de este párrafo. Así se consigue mayor flexibilidad en la aplicación del artículo 19, y también se conserva un ámbito de aplicación del párrafo (2), alcanzando un equilibrio entre tradicionalistas y reformistas”.

Asimismo, la significación de los arquetipos presentados como alteraciones sustanciales de la proposición original que, en algunos casos, se identifican con ciertos elementos que tradicionalmente se han calificado como esenciales o necesarios -*ad. ex.* el precio o la calidad y la cantidad de las mercaderías-, también limita la flexibilización de la “regla del espejo”. En esta línea, se aduce que no toda variación de esos términos trascendentales no puede equipararse con una modificación sustancial de los términos de la oferta, por cuanto pudiera ser nimia o una mera puntualización. Tampoco esa enumeración ejemplificativa nos ayuda a delimitar qué otras alteraciones pueden revestir un carácter sustancial. Sin embargo, se intentan minimizar las críticas expuestas mediante el argumento de que el precepto discutido también introduce el criterio subjetivo a efectos de conferir una naturaleza esencial a cualquiera de las estipulaciones del contrato -“*en particular*”-, por lo que los supuestos descritos no constituyen una enumeración cerrada o taxativa, sino que pueden ampliarse por voluntad de las partes<sup>890</sup>.

Pese a que también podría alegarse que la enumeración contenida en el artículo 19, 3) ofrece ciertas dosis de seguridad jurídica, se constata que predomina la conclusión de que el artículo 19 permanece muy cercano a la doctrina contractual tradicional, que demanda el total consenso de los sujetos intervinientes para la celebración de un contrato, incluso con relación a aquellas materias que las partes no hayan negociado<sup>891</sup>. Todo lo expuesto conduce a que el sector doctrinal más reputado en el estudio de esta materia reclame una exégesis restrictiva del repetido artículo 19, 3). Sin perjuicio de lo anterior, otro sector de la doctrina realiza una valoración más positiva del precepto<sup>892</sup>, al entender que los ejemplos de alteración sustancial contenidos en el tercer apartado revisten carácter presuntivo, por lo que pueden perder tal consideración en virtud de las circunstancias del caso concreto<sup>893</sup>. Correlativamente, estos autores también defienden que otros componentes del

---

<sup>890</sup> MARTINEZ GALLEG0 (op. cit., p. 101) dice que “[...] el artículo 19.3 del Convenio de Viena ha optado por una vía intermedia entre las dos posibles para definir la sustantividad; de un lado, la objetiva, que tiene en cuenta la importancia de los distintos elementos con vista a la economía del contrato y la onerosidad que pueda generar; de otro, la subjetiva, que permite a las partes determinar el carácter sustancial o no de los elementos a través de su expresa o implícita voluntad”. Por otro lado, DURANY PICH (op. cit., p. 1089, nota 161) cita a HONNOLD (*Uniform Law for International Sales* (n. 122), § 169, nota 6, p. 232) con relación a la interpretación del párrafo (3), ya que éste último autor hace “[...] pivotar el juicio de sustantividad no en si la alteración afecta a unas materias que de por sí son sustanciales, sino en si en ese caso concreto ese término ha alterado sustancialmente los elementos de la oferta. De tal manera que la sustancialidad se predica del término concreto y no de la materia afectada. Esto, forzando un poco la interpretación, permite también descongelar de esa sustantividad incluso las materias incluidas en este párrafo, pues ya no serían sustantivas e intocables, sino que dependería, en cada caso, del grado de modificación”.

<sup>891</sup> CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación, ...”, cit., p. 180 y DURANY PICH, op. cit., p. 1088. Asimismo, PERALES VISCASILLAS (“La formación del...”, pp. 664 y 655) entiende que ese listado se configura como una excepción al principio de conservación del contrato y, por tanto, debe ser objeto de una interpretación restrictiva y de carácter objetivo para que los tribunales puedan adaptarlo a cada situación.

<sup>892</sup> DURANY PICH (op. cit., p. 1093) también reconoce los logros del artículo 19. En primer lugar, su facilidad de aplicación, al introducir como criterio de perfección la sustantividad y, en segundo lugar, la certeza, porque favorece la seguridad jurídica, aunque sea mediante una cierta rigidez.

<sup>893</sup> DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho...”, cit., p. 382.

contrato lleguen a adquirir un carácter sustancial en función de las diversas eventualidades concurrentes<sup>894</sup>.

El artículo 2.1.11 de los Principios Unidroit recoge, de forma prácticamente idéntica, los dos primeros apartados del artículo 19 de la Convención de Viena de 1980. La trascendente diferencia entre ambas normas radica en que los Principios Unidroit no prevén un elenco de supuestos ejemplificativos de las desviaciones sustanciales que puede formular el eventual aceptante en su contestación<sup>895</sup>. Los comentarios al precepto indican claramente que *“No se puede determinar en abstracto lo que se considera una modificación «sustancial», lo que dependerá de las circunstancias del caso”*; si bien aluden a varias hipótesis, algunas de las cuales coinciden con los supuestos que la Convención de Viena de 1980 describe en el artículo 19, 3)<sup>896</sup>. Asimismo, se matiza que deberá valorarse si las modificaciones propuestas por el destinatario son propias del sector al que pertenezca el contrato que se está negociando y, por tanto, no podrían generar sorpresa al oferente.

Por su parte, el artículo 2:208 de los PECL responde a los mismos principios que los enunciados en los preceptos análogos de la Convención de Viena de 1980 y de los Principios Unidroit. Por consiguiente, el primer apartado del mismo recoge la máxima tradicional que propugna la concordancia exacta entre la oferta y la aceptación, mientras que, en el segundo apartado, se excepciona dicho aforismo, en la medida en que se admite que se configure como aceptación aquella contestación del receptor de la propuesta inicial que estipule o introduzca nuevos o diferentes términos que no alteren de manera esencial los contenidos en dicha proposición. Además, también permite que el oferente pueda oponerse a las alteraciones no esenciales contenidas en la respuesta del destinatario, siempre que esa objeción se

---

<sup>894</sup> CUADRADO PÉREZ (*“Oferta, aceptación, ...”*, cit., pp. 187 y 188) no considera aplicable en la contratación civil en España la solución prevista en el artículo 19, 2) de la Convención de Viena de 1980 cuando la respuesta contenga alteraciones no sustanciales. Opina que, en tal caso, “[...] estaremos también ante una contraoferta, pero ésta se considerará aceptada si, dentro de un plazo razonable de tiempo, el primitivo oferente no ha objetado nada a tales modificaciones. Tanto las modificaciones sustanciales como las secundarias darán, pues, lugar a una contraoferta; la diferencia entre ambas radica en que mientras el silencio del primitivo proponente ante las modificaciones sustanciales no puede ser entendido como aceptación, su pasividad ante las modificaciones no sustanciales sí puede serlo. Con este planteamiento, se recogen las líneas marcadas por el Convenio de Viena, pero se respeta la seguridad jurídica y la tesis tradicional”.

<sup>895</sup> La única diferencia se refiere a que el segundo apartado del precepto analizado de los Principios Unidroit, como ya expusimos en una nota anterior, no especifica que la objeción del oferente a las adiciones, limitaciones o modificaciones no sustanciales contenidas en la respuesta del eventual aceptante pueda realizarse verbalmente o mediante el envío de una comunicación.

<sup>896</sup> PERALES VISCASILLAS (*“Formación, VVAA Comentario...”*, cit., p. 143) comenta las dos razones por las que entiende que los Principios Unidroit no acogen un listado de los elementos que se consideran que alteran sustancialmente la oferta. En primer lugar, por el amplio ámbito de aplicación y, en segundo lugar, porque la norma que contiene la Convención de Viena genera varios problemas de interpretación”. Sin embargo, pone de relieve, al igual que hemos hecho en el texto, que tales Principios acogen en sus comentarios un listado de términos que estiman que alteran sustancialmente la oferta, y es prácticamente idéntico al previsto en el artículo 19.3 de la Convención de Viena. Nuevamente, se adopta por vía del Comentario las soluciones que la Convención de Viena acoge en su articulado.

realice sin demora, si bien se incardina de forma diferente a los dos instrumentos internacionales que lo preceden.

No obstante las similitudes expuestas, existen divergencias. Sin perjuicio de las meras discrepancias terminológicas –que no consideramos significativas<sup>897</sup>, lo que hemos de destacar es que los PECL no contemplan la enumeración de las posibles alteraciones que modifican de manera esencial la oferta, como tampoco lo hacen los Principios Unidroit, a diferencia de la Convención de Viena de 1980<sup>898</sup>. La otra disparidad que se nos ofrece de forma acusada gravita sobre la expresa previsión en el apartado tercero de tres supuestos donde se califica la respuesta del destinatario que contenga variaciones no esenciales como rechazo a la oferta<sup>899</sup>. Bajo esta denominación, se encuadran tres hipótesis en las que se permite excluir la excepción a la regla general, es decir, se contemplan tres excepciones a la excepción. Además, tenemos que apuntar que, al igual que sus antecesores y la Propuesta de Modernización del Código Civil, la contestación del receptor de la oferta que comprenda modificaciones esenciales de ésta también se configura como repulsa de la propuesta inicial.

Uno de los tres casos en que, a pesar de que las modificaciones en los términos de la oferta no alcancen la conceptualización de alteraciones esenciales, los PECL prevén que se puede atribuir a esa contestación el efecto del repudio de la proposición inicial se identifica con la única excepción a la máxima general que reconocen tanto la Convención de Viena de 1980 como los Principios Unidroit. Nos referimos a la objeción que, sin demora, puede efectuar el oferente ante ese tipo de respuesta. Sin embargo, la novedad y, sobre todo, el mérito del precepto de los PECL radican en que califica expresamente este supuesto como rechazo de la propuesta primitiva. Por el contrario, ninguno de los instrumentos internacionales que anteceden a los PECL, así como tampoco la Propuesta de Modernización del

---

<sup>897</sup> En este sentido, resulta sumamente interesante confrontar la redacción del artículo de los 2:208 PECL con sus predecesores y con la Propuesta de Modernización del Código Civil, porque se refiere a “*Una respuesta clara de aceptación de la oferta*”, expresión que, en nuestra opinión, insiste en la necesidad de que exista una voluntad firme y definitiva de aceptar. Asimismo, creemos que se sitúa en la línea marcada por la LUF y la Convención de Viena de 1980, las cuales aludían a “*La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación*”.

<sup>898</sup> LANDO y BEALE (op. cit., pp. 250 y 251) nos facilitan una explicación sobre cuando una cláusula será sustancial o «material»: si el destinatario de la oferta sabía o cualquier persona razonable que se hallara en la misma situación hubiera debido saber que iba a influir en la decisión del oferente de celebrar el contrato o de aceptar los términos del contrato. Por lo que se refiere a la falta de una enumeración de cláusulas sustanciales en el precepto analizado, tal y como hace el artículo 19, 3) de la Convención de Viena de 1980, aclaran que no se incluyó porque sólo podía tener carácter ilustrativo, si bien mencionan los supuestos recogidos por dicho precepto del texto vienés. Nos ilustran con el siguiente ejemplo: una cláusula que se refiera a la solución de conflictos suele calificarse como material, pero si la modificación del destinatario consistiese en la incorporación de una disposición de ese tipo y la resolución de conflictos en el sector suele realizarse mediante arbitraje, aunque no pueda considerarse costumbre, no supondrá una modificación material. Nos aportan un último dato al indicar que, para concluir si una modificación es sustancial o no, no debería valorarse si afecta a un extremo discutido o no por las partes.

<sup>899</sup> LANDO y BEALE, op. cit., p. 249.



Código Civil, se pronuncian sobre si tal disenso extingue la oferta o transforma la respuesta en un rechazo de aquélla; cuestión que entendemos crucial.

Los otros dos supuestos que contempla el artículo 2:208 de los PECL obedecen a diversas consideraciones que hemos analizado en páginas precedentes, y que resultan indiscutidas, ya que se asientan sobre valores y principios de unánime reconocimiento. Uno de ellos responde al amplio poder de disposición del que goza el oferente para configurar los términos de su propuesta, de tal manera que puede restringir la aceptación al estricto contenido de aquélla. Asimismo, también se concede al destinatario de la oferta la posibilidad de que supedite que su respuesta adquiera la relevancia jurídica de aceptación a que el oferente consienta los términos nuevos o modificados en un plazo razonable<sup>900</sup>. Por lo que se refiere al DCFR, y como viene siendo la tónica habitual con relación a otros preceptos de esa propuesta de *soft law*, el artículo II.- 4:208 prácticamente es una copia de su homólogo en los PECL<sup>901</sup>.

En resumen, podemos concluir que la comparación del enfoque adoptado por la Propuesta de Modernización del Código Civil en este aspecto trascendental con las posturas asumidas por los textos internacionales que han guiado a sus redactores ofrece, como resultado, un claro acercamiento a los Principios Unidroit, a los PECL y al DCFR<sup>902</sup>. A diferencia de la Convención de Viena de 1980, ninguno de los textos indicados reúne, ni siquiera a efectos ilustrativos, hipótesis de desviaciones de carácter sustancial, material o esencial, si bien la Propuesta de Modernización del Código Civil emplea la locución “significativa”. Asimismo, ninguno de los instrumentos mencionados incluye ninguna clase de pauta para discernir las alteraciones trascendentes frente a las irrelevantes, postura que debemos reprobar sin paliativos<sup>903</sup>. Por otro lado, sólo los PECL y el DCFR prevén

---

<sup>900</sup> CUADRADO PÉREZ (“*La formación ...*”, cit., p. 239) señala que, en el supuesto descrito en el texto, es el propio destinatario de la proposición inicial quien atribuye a su respuesta de la condición de contraoferta, por lo que solicita la aprobación del oferente. Además, apunta que parece lógico que la autonomía contractual ampare que el teórico aceptante incorpore semejante eventualidad, de modo que no impedirá su reconocimiento el hecho de que la Propuesta de Modernización del Código Civil no contemple dicha contingencia.

<sup>901</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, op. cit., p. 121.

<sup>902</sup> LARA AGUADO (op. cit., p. 71) expone que los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR se sitúan en la línea reformista porque dejan el tema abierto. De este modo, quedará al arbitrio judicial lo que constituya una variación sustancial de la oferta, con arreglo a la buena fe y de acuerdo a las prácticas comerciales y a los usos. Asimismo, extrae de los comentarios a los textos de Derecho Uniforme citados que una alteración es sustancial cuando resulta sorpresiva, gravosa para la parte sin cuyo conocimiento expreso se ha incorporado, cuando establecen un plazo de reclamación más corto que el razonable y, en resumen, las que, por ser inusuales o contrarias al equilibrio de prestaciones propio de la clase de contrato o del sector de actividad de que se trate, pueden pasar inadvertidas a la otra parte.

<sup>903</sup> BOSCH CAPDEVILLA (op. cit., p. 324) entiende que el gran problema que se deriva del artículo II.- 4:208 del DCFR es la determinación de si la modificación propuesta es o no sustancial, y a tales efectos no contiene ningún listado ejemplificativo, como tampoco su predecesor más inmediato, a diferencia de la Convención de Viena de 1980 y del artículo 38 de la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea. Aunque reconoce el acierto de los razonamientos expuestos por los redactores del DCFR en los comentarios realizados al precepto mencionado, plantea que una lista, sin perjuicio de resultar incompleta, facilitaría un elenco de arquetipos que siempre aportaría mayor claridad en este complejo asunto.

específicamente tres supuestos en que la respuesta comprensiva de modificaciones no esenciales o materiales se ha de reputar como repudio de la oferta.

Uno de esos casos consiste en la disconformidad que puede plantear el oferente ante una aceptación que contenga alteraciones no sustanciales, cuya eventualidad sí contemplan la Convención de Viena de 1980, los Principios Unidroit y la Propuesta de Modernización del Código Civil, aunque ninguno de estos textos la califica expresamente como rechazo de la proposición inicial. Obviamente, también se contempla que el proponente exija que la respuesta del destinatario se acomode totalmente al contenido de su propuesta, de acuerdo con la facultad de disposición de la que disfruta el primero sobre su iniciativa. Esta contingencia se ratifica en la Propuesta de Modernización, mediante la referencia a que la contestación deba ser pura y simple, pero tampoco la califica como repulsa. Por último, únicamente los PECL y el DCFR conceden al receptor de la oferta la oportunidad de someter la eficacia de su asentimiento a la conformidad del proponente sobre las desviaciones introducidas en un lapso temporal prudente<sup>904</sup>.

En conclusión, a nuestro modo de ver, resulta positivo que la Propuesta de Modernización objeto de nuestra investigación continúe el camino abierto por los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR. Sin embargo, entendemos imprescindible que introduzca un criterio general, o varios de forma subsidiaria, que podamos utilizar para deslindar las variaciones que, realmente, alteren el contenido de la propuesta lanzada por el oferente, frente a las alteraciones que, si bien modifican sus términos, no afectan a la esencia de las previsiones dispuestas por el oferente, ni a la naturaleza de la relación jurídica que se instituirá mediante el contrato, ni a la economía del contrato o de las partes<sup>905</sup>.

---

<sup>904</sup> El artículo 26 del *Contract Code* (McGregor, cit., pp. 49 y 50) se sitúa en una posición similar a la Propuesta de Modernización y sus antecedentes, dado que entiende que la contestación a una proposición contractual que contenga “*propuestas que difieren de la oferta*”, supone un rechazo de ésta unido a una contraoferta. Igualmente, permite que se configure válidamente como aceptación si las divergencias no alteran materialmente los términos ofrecidos por el ofertante, salvo que manifieste inmediatamente su oposición a aquéllas. En caso contrario, el contrato resultante aunará el contenido de la oferta y las alteraciones incorporadas por el aceptante. Sin embargo, el *Contract Code* introduce una nueva excepción a la regla general que no se contiene en ningún otro instrumento internacional, según la cual la réplica que comprenda términos diferentes a los de la proposición primitiva no extinguirá ésta ni se convertirá en contraoferta cuando su autor haya previsto que se trata de una propuesta alternativa que no rechaza la originaria.

<sup>905</sup> CARRASCO PERERA (op. cit., pp. 201 y 202) concluye que, al igual que en otras ocasiones, la regla que se proponga en esta materia tiene que distinguir entre los supuestos en que uno o ambos intervinientes ha iniciado o completado el cumplimiento de la prestación que les incumbe, y aquellos otros en los que no se ha producido ninguno de esos sucesos. Por lo que se refiere al primer grupo de casos, el citado autor entiende que la aplicación de la “*regla del espejo*” atentaría contra la realidad de los actos realizados, y conduciría a un proceso de restituciones y compensaciones que, en todo caso, sería costoso para ambas partes. La citada máxima conlleva mantener que no hay contrato cuando, en la práctica, ambas partes se han comportado como si lo hubiera o, al menos, una de ellas ha creído que, de buena fe, estaba cumpliendo el contrato alcanzado, mientras que la otra no merece mayor protección, ya sea porque conoce la confianza que la primera ha depositado, ya sea porque la verdadera finalidad de desvincularse contractualmente responde a razones surgidas con posterioridad. Por consiguiente, para el autor mencionado se ha de afirmar la existencia del contrato, cuyas lagunas deberán ser completadas por vía judicial. Por el contrario, si no ha comenzado o culminado la ejecución del contrato, es admisible solucionar el conflicto mediante la regla del espejo cuando surgen divergencias y ninguno de los contratantes ha incurrido en gastos elevados.

Nuestra sugerencia parte de la conveniencia de introducir, en primer lugar, la perspectiva tanto objetiva como subjetiva para la valoración de la sustancialidad de los cambios introducidos por el eventual aceptante, aunque, dada la dificultad intrínseca a la segunda opción, quizá deba constreñirse a previsiones expresas por parte del oferente<sup>906</sup>. Una vez calificado el tipo de cambio propuesto, y, con relación a cada uno de esos dos planos, se han de incorporar las diversas reglas que nos permitan evaluar -y, en particular, al juez- si esa desviación concreta alcanza semejante relevancia que requiera la conformidad del proponente. Por el contrario, podemos llegar a concluir que afecta a aspectos secundarios, de forma que puede integrarse, adicionarse o sustituir a otra preexistente en la proposición inicial<sup>907</sup>.

Igualmente, instamos a los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil a que incluyan expresamente las tres circunstancias en las que los dos últimos instrumentos internacionales mencionados consideran que la réplica del eventual aceptante que incorpora términos nuevos o diferentes no relevantes se equipara al rechazo de la proposición inicial. Subsidiariamente, recomendamos que la citada Propuesta de Modernización se pronuncie de forma explícita sobre la

---

<sup>906</sup> El plano subjetivo nos remite a la valoración de la intención de las partes, que puede definirse de modo expreso –en cuyo caso no surge ningún problema- o tácito, por lo que habría de inferirse de otras declaraciones o actos de las partes –utilización reiterada de idéntica cláusula en contratos de similar naturaleza-. La elección de una visión objetiva nos conduciría a ponderar criterios ajenos a la voluntad de los intervinientes –reducción drástica o elevado aumento de la cantidad de bienes objeto del contrato, del precio de tales productos, etc.-. Obviamente, ninguna clasificación podrá contemplar las infinitas posibilidades que pueden aparecer en la práctica, pero servirán para delimitar la consideración esencial, sustancial o material de los cambios sugeridos por el eventual aceptante. De este modo, ayudarán a paliar la inseguridad jurídica que genera esta situación, frente a la necesidad de su reconocimiento, que demanda la protección de la buena fe y la tutela de la confianza. En esta tesitura, BOSCH CAPDEVILLA (op. cit., p. 324) se inclinan por la selección de criterios objetivos, ya que si una modificación no reviste trascendencia en función de tales factores, pero resulta esencial para el oferente, podrá impedir la conclusión del contrato mediante su pronta oposición. Por el contrario, según los citados autores, cuando la alteración afecte a un extremo debatido por las partes, aunque desde un punto de vista neutral no pueda calificarse como un elemento sustancial, debería recibir dicha consideración, por cuanto el destinatario conocía la relevancia del mismo para el oferente. Por su parte, GARCÍA-GRANERO COLOMER (op. cit., p. 435), con cita de Díez-PICAZO, rechaza que la distinción entre alteraciones sustanciales y accesorias se relacione con la acostumbrada clasificación entre elementos necesarios y accidentales del negocio. Esta autora entiende que la atribución de uno u otro carácter deberá llevarse a cabo mediante el recurso a una óptica subjetiva –voluntad expresa o implícita de las partes- o a un criterio objetivo, que atienda a la mayor economía del contrato y a la onerosidad que supongan los cambios para los intervinientes.

<sup>907</sup> CUADRADO PÉREZ (“*La formación ...*”, cit., pp. 240 y 241) avanza en sus conclusiones expuestas con anterioridad, y propone una solución que intenta aunar las exigencias de las corrientes reformistas y la atención a las nuevas coordenadas en materia contractual con el respeto escrupuloso a la lógica imperante en nuestro sistema y a la tesis tradicional. De esta forma, entiende que toda respuesta que contenga alteraciones de los términos de la propuesta inicial debe conceptuarse como una contraoferta, con el consiguiente intercambio de roles de los participantes, por cuanto quien ofrece algo, como dichas modificaciones, debe considerarse un oferente. Además, entiende que la reacción del ordenamiento ante una contestación que incorpore modificaciones debe distinguir si afectan significativamente al contenido de la oferta, en cuyo caso el silencio del proponente inicial no debe considerarse como aceptación de las mismas, mientras que si la desviación es irrelevante, la ausencia de objeción por el ofertante equivaldrá a su conformidad con las mismas porque la buena fe acarrea que éste deba rechazarlas sin dilación. Sin embargo, por el momento, se nos ofrece más completa la solución incorporada por el artículo 39 del *Feasibility Study* versión agosto 2011, por cuanto prevé que una respuesta que altere materialmente la oferta constituye un rechazo de ésta y una nueva propuesta, y, a tal efecto, contiene la enumeración de una serie de aspectos del contrato cuya modificación se presume sustancial, por lo que se admitirían otras desviaciones de semejante entidad y, además, cabría demostrar que las reseñadas no revisten esa trascendencia en un caso concreto. Igualmente contempla la validez de una contestación que incluya alteraciones insustanciales y la incorporación de las mismas al futuro contrato, así como los tres supuestos en que la respuesta del destinatario se configurará como una repulsa de la oferta inicial sin perjuicio de la irrelevancia de las alteraciones que incorpore.

valoración de las dos hipótesis en que permite la exclusión de una respuesta que encierra cambios no significativos como repulsa de la oferta primigenia con la finalidad de evitar debates doctrinales y clarificar la situación creada<sup>908</sup>.

## **2. BATALLA DE FORMULARIOS ENTRE COMERCIANTES**

Al igual que en el subepígrafe anterior, hemos creído más oportuno estructurar nuestra exposición mediante la división en dos bloques, de forma que comenzaremos con la presentación de las diversas teorías construidas por los expertos en la materia y las posiciones adoptadas en diferentes sistemas jurídicos para resolver el conflicto al que dedicaremos nuestra atención en el presente apartado. Posteriormente, contrastaremos los planteamientos formulados por dichos eruditos, así como los asumidos por el legislador con las corrientes que, finalmente, han sido acogidas por la Propuesta de Modernización del Código Civil y por los instrumentos internacionales y textos de Derecho Uniforme en que aquélla se apoya para abordar la reforma legislativa que propone para nuestro ordenamiento nacional.

### **a. PROPUESTAS DOCTRINALES SOBRE LA BATTLE OF FORMS**

En las páginas que preceden a este subepígrafe, adelantamos que los eruditos más reputados en el estudio de este conflicto habían señalado que la aplicación de la “*regla del espejo*” y de la “*última palabra*” conduce a resultados aún más censurables en la hipótesis de que las partes emitan sus declaraciones de voluntad mediante la utilización de sus respectivos formularios, comprensivos de condiciones generales de diferente contenido<sup>909</sup>. Según la dogmática clásica, la conformidad del eventual aceptante exteriorizada a través de un prontuario cuyas estipulaciones no coincidan totalmente con las contenidas en el que, en primer lugar, remitió el oferente, no constituye aceptación en sentido técnico-jurídico, sino contraoferta, por lo que sólo podrá entenderse concluido el contrato si, a su vez, ésta es aceptada por el proponente primigenio.

En estos supuestos, la práctica ha venido a demostrar que los intervinientes no suelen ser conscientes de las discrepancias existentes entre los formularios

---

<sup>908</sup> BOSCH CAPDEVILLA (op. cit., pp. 325 y 326) observa que la única diferencia entre los artículos 1.251 de la Propuesta de Modernización del Código Civil y II.- 4:208 del DCFR radica en la omisión por la citada Propuesta de la tercera de las excepciones a la perfección del contrato mediante aceptación con alteración no esencial de la propuesta inicial, y que probablemente no la contempla por su obviedad. Coincidimos en esta conclusión, aunque no es tan evidente que suponga el rechazo de la oferta inicial.

<sup>909</sup> PERALES VISCASILLAS (“*Formación, VVAA Comentario...*”, cit., p. 162) considera que es uno de los principales problemas en el tráfico comercial cuando se utilizan formularios de compra y venta para manifestar la oferta y la aceptación. Por el contrario, LARA AGUADO (op. cit., p. 71) minimiza el alcance del aserto anterior, por cuanto aunque se trate de un tema muy atractivo para la doctrina, no sucede frecuentemente en la práctica. La razón estriba en que los formularios están bastante estandarizados, al realizarse de común acuerdo por las asociaciones representativas de los compradores y vendedores.

intercambiados. De hecho, son frecuentes las ocasiones en las que, a pesar del desconocimiento de tales divergencias, una de las partes lleva a cabo actos de cumplimiento de la prestación que le incumbe, o comienza el mismo. Dicho comportamiento, según el análisis que hemos realizado en páginas precedentes, debe calificarse como aceptación y, por tanto, permite que se alcance la perfección del contrato. La realidad comercial nos enseña que, normalmente, es el vendedor quien remite la última propuesta contractual y, consecuentemente, el compendio final de condiciones generales, de modo que si el comprador e inicial ofertante acepta, por ejemplo, el envío de la mercancía, estará concluyendo el contrato, y lo hará en los términos previstos por el vendedor-aceptante.

Por consiguiente, la consecuencia que deviene del razonamiento anterior es que se otorga a aquel que envía el formulario ulterior una ventaja que puede parecer injustificada, si bien se contrapone que favorece la seguridad jurídica y la certeza, ya que las partes pueden prever que el contenido del contrato se configurará de acuerdo al clausulado remitido en último lugar<sup>910</sup>. Sin embargo, en el caso de que las alteraciones entre los condicionados empleados pudiesen calificarse como sustanciales, esenciales, materiales o significativas, en rigor no deberíamos entender celebrado el contrato o, al menos, no con el automatismo que resulta de la máxima anterior<sup>911</sup>. A pesar de compartir esta reflexión, la doctrina considera que se debe lograr una solución más razonable que la inexistencia del contrato, siempre que las partes hubiesen cumplido en su totalidad o de forma parcial las respectivas prestaciones<sup>912</sup>.

De este modo, cuando en el proceso de contratación los intervinientes expresan sus mutuas y recíprocas manifestaciones de voluntad mediante la

---

<sup>910</sup> LARA AGUADO, op. cit., p. 72.

<sup>911</sup> DÍEZ-PICAZO (“*¿Una nueva doctrina general...*”, cit., p. 1716) expone que cuando la contradicción entre los condicionados afecta a los elementos sustanciales y el repudio se realiza con anterioridad al inicio de la ejecución del contrato, la respuesta debe hallarse en la llamada *regla de la última declaración*, por lo que el formulario del destinatario se configura como una contraoferta. Sin embargo, entiende que no se puede extender el aserto anterior a las hipótesis en que las variaciones no son sustanciales y cuando, pese a serlo, ha comenzado la ejecución, ya que resulta muy difícil negar que se ha formado un contrato. Se debe contextualizar adecuadamente el problema, de modo que no aqueja a la generación del contrato, sino a la determinación de su contenido. El citado autor propone que se considere formado un contrato cuyo contenido quede constituido por aquella parte en que las condiciones generales de ambos contratantes coincidan y, se integrará el resto mediante el Derecho dispositivo, los criterios generales de integración de los contratos y, en particular, los usos de los negocios y la buena fe.

<sup>912</sup> Posteriormente, DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos ...*”, cit., p. 384) evolucionó respecto a la postura expuesta en la nota anterior y entiende que “[...] aplicando rigurosamente las premisas dogmáticas, la respuesta del destinatario con su propio formulario, no deberá constituir en puridad aceptación y nos deberíamos encontrar ante un caso de aplicación de la llamada doctrina del «último disparo»: deberíamos considerar la respuesta del destinatario como una contraoferta. Pero ésta es una solución demasiado rigurosa que las modernas líneas de evolución parecen rechazar. A menos que haya resultado claro que para el oferente era condición esencial de la celebración del contrato la adopción de sus propias condiciones generales, no hay ninguna razón seria para no permitir que el contrato se entienda celebrado. Por supuesto, la cuestión es absolutamente llamativa cuando el contrato ha comenzado a ser ejecutado sin que las partes hayan hecho hincapié en la contradicción hecha entre los formularios. Podríamos pensar también, que permitir en este caso una alegación de inexistencia del contrato, además de resultar abusivo puede tener que dar lugar a un juego de restituciones y de acciones de enriquecimiento que carece de justificación”.

utilización de condiciones generales, la doctrina da un paso más respecto a los reproches vertidos en relación con los efectos que derivan de la aplicación de la *regla del espejo* y de la *última palabra*, y coligen que tales máximas no resultan aplicables. En esta línea de pensamiento, los autores concluyen que el acuerdo contractual únicamente debe proyectarse sobre los términos efectivamente negociados por los futuros contratantes, de suerte que si las diferencias existentes entre la oferta y la aceptación recaen sobre elementos que no han sido objeto de discusión por las partes, el contrato se perfeccionará.

Además, se complementa la postura expuesta con el respaldo mayoritario conferido a la nulidad parcial del contrato en lo que concierne a las cláusulas divergentes, por lo que no se incorporarían al mismo. El resultado de la invalidación de dichas estipulaciones se concreta en la eliminación de la regulación que, contradictoriamente, pretendían las partes sobre determinados extremos, de forma que las previsiones afectadas se integrarán a través de las normas de Derecho dispositivo que resulten aplicables en tal caso. Este es el efecto que, según la doctrina, se predica con carácter general en los supuestos de derogación particularizada cuando en la contratación con condiciones generales intervienen consumidores y usuarios<sup>913</sup>.

Sin embargo, el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios contempla la nulidad de las cláusulas abusivas -que supone su completa expulsión del contrato-, y sólo apoya la subsistencia del contrato -que implica su obligatoriedad respecto de las partes contratantes- cuando sea posible su permanencia sin las estipulaciones anuladas. Ergo, el precepto mencionado -en su nueva redacción tras la Ley 3/2014- no invoca la labor de integración del juzgador para colmar las posibles lagunas que han podido generarse a causa de la desaparición de las estipulaciones desmesuradamente favorables al empresario o comerciante<sup>914</sup>. De hecho, la

---

<sup>913</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, 1ª edic. Civitas, Madrid, 1991, pp. 277 a 280; MEDINA DE LEMUS, M., *La venta internacional de mercaderías*, Tecnos, Madrid, p. 81; y CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación, ...”, cit., p. 183. En consonancia con los autores citados, MARTÍNEZ GALLEGOS (op. cit., p. 102) razona que “[...] ante el silencio del Código, y a la luz del Convenio de Viena (...), podemos interpretar que la exigencia del art. 1.262 Cc, relativa a que el consentimiento se manifieste sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato, queda cumplida respecto de los nuevos tipos de contratación en los que, normalmente, las partes no entran a negociar, sino que se adhieren a un contenido previamente establecido, si existe acuerdo contractual sobre lo realmente negociado; de modo que, aunque la oferta y la aceptación no coincidan, si dicha disconformidad se refiere a elementos no negociados por las partes, el contrato queda formado. Así, la solución que se propone es la nulidad parcial, es decir, la validez del contrato, pero la nulidad de aquellas cláusulas del contrato sobre las que no existe coincidencia. Igualmente, si existe acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, pero falta acuerdo respecto de los elementos secundarios, deberá ser el juez quien regule estos últimos teniendo en cuenta la naturaleza del negocio o los usos del comercio”.

<sup>914</sup> En esa línea, como precursora de la reforma operada en nuestro artículo 83 TRLGDCU mediante la Ley 3/2014, a la que hemos aludido anteriormente, debemos citar la sentencia del TJUE 14 junio 2012 (asunto C-618 Banco Español de Crédito), y, a causa de la recepción de dicha doctrina, la paradigmática STS, Sala de lo Civil (pleno), 9 mayo 2013, y las recientes de 16 julio 2014 y 11 febrero y 25 marzo 2015, que afrontaron el espinoso tema de la nulidad de las cláusulas sobre intereses abusivos y de las cláusulas suelo. La novedad de los pronunciamientos jurisprudenciales reseñados estriba en que rechazan la integración de las estipulaciones declaradas judicialmente nulas, por cuanto dicha actitud alienta la

interpretación de esta norma conduce a la nulidad completa del contrato cuando su continuidad reclame la vigencia de las disposiciones suprimidas o, en su defecto, las que se determinen judicialmente.

En cuanto a las cláusulas que sólo haya contemplado uno de los futuros contratantes en su formulario, éstas deben ser tratadas como condiciones generales y, por tanto, se ha de efectuar el denominado “control sobre su contenido”. El objetivo del citado examen se concreta en evaluar si procede su inclusión en el acuerdo contractual definitivo según los términos previstos unilateralmente por uno de los participantes en el proceso de formación del contrato o si requiere alguna adaptación a fin de que respete adecuadamente el equilibrio entre los intereses de todos los intervinientes<sup>915</sup>.

Por último, debemos poner de relieve que la combinación de todos los avances y matices desarrollados por la doctrina, a lo largo de la evolución iniciada una vez se percató de las posibles incongruencias que suponía la estricta aplicación de las tradicionales *reglas del espejo* y *de la última palabra*, se completa con la posibilidad de admitir su utilización siempre que se haya producido una verdadera negociación sobre las cláusulas que conformarán el futuro contrato. De esta forma, las partes habrán de referirse en sus declaraciones de voluntad a determinadas estipulaciones contenidas en el condicionado general de la contraparte, para modificarlas o adaptarlas en puntos concretos, a fin de corroborar la efectiva discusión y el genuino consentimiento para culminar el proceso contractual.

Igualmente, otro supuesto excepcional en que la doctrina entiende razonable el empleo de las máximas indicadas se produce cuando cualquiera de las partes hubiera establecido, o se pudiera inferir sin dificultad de las circunstancias concurrentes, que no habría prestado su consentimiento si, finalmente, no quedaran insertadas sus condiciones generales en el contrato definitivo<sup>916</sup>. En tal caso, el desenlace conlleva la nulidad total del convenio debido a la ausencia de unos de sus elementos necesarios. Sin embargo, el efecto descrito no puede alcanzarse por

---

contratación en la que se emplea esa clase de previsiones, ya que si se eliminan por ese motivo, el juez las reemplazaría por otras. Si se desea desincentivar la utilización de ese tipo de condiciones generales, la sanción debe ser la nulidad y, en consecuencia, la supresión absoluta de las mismas, sin posibilidad de sustitución por otras que no sea abusivas. Nos remitimos a la lectura de la Exposición de Motivos (III) de la mencionada Ley 3/2014, y a las explicaciones ofrecidas por nuestro legislador con relación a la modificación del artículo 83 TRLGDCU, en consonancia con las que acabamos de ofrecer.

<sup>915</sup> DURANY PICH (“*Sobre la necesidad ...*”, cit., p. 1.071) expone los cuatro principales puntos de su propuesta: “1. aunque la aceptación no coincida con la oferta, el contrato se forma siempre que los términos diferentes no hayan sido negociados; 2. determinar qué cláusulas son coincidentes y cuáles contradictorias es una cuestión de interpretación, con base en los criterios arriba expuestos; 3. las cláusulas contradictorias entre sí no forman parte del contrato, pasando a ser reguladas por el derecho dispositivo; 4. las cláusulas adicionales (contempladas por una de las partes) deben considerarse como condiciones generales y aplicarles el control sobre su contenido, pues de lo contrario se incentiva que las partes regulen todas las cuestiones posibles, y, por consiguiente, aumenta la posibilidad de nuevos conflictos”.

<sup>916</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, op. cit., p. 278 y DURANY PICH, “*Sobre la necesidad ...*”, cit., p. 1069.

medio de la típica “cláusula defensiva” que, normalmente, todo formulario incluye entre sus previsiones normalizadas, ya que forma parte de las estrategias para manejar durante el curso de los tratos preliminares o, incluso, para oponer *a posteriori* la ineficacia del contrato<sup>917</sup>. De este modo, resulta imprescindible que quede perfectamente acreditada la férrea voluntad –expresa o implícita– del que arguye la inexistencia del contrato salvo incorporación de su condicionado general<sup>918</sup>.

También hemos de aludir a que otro sector de la doctrina propone, por directa influencia del Derecho norteamericano, la aplicación de la *knock-out rule*, mediante la que se llega a resultados similares a la posición descrita en los párrafos precedentes<sup>919</sup>. En virtud de dicha máxima, se defiende la validez y perfección del contrato aun cuando su contenido quedase parcialmente indeterminado, por cuanto pasarían a formar parte del mismo las cláusulas coincidentes y se expulsarían las contradictorias. Las disposiciones eliminadas se integrarán mediante el recurso a diversos criterios, entre los que podemos destacar, por la anuencia que despiertan, las costumbres desarrolladas por otros comerciantes y empresarios en esa rama negocial, la actuación de las partes antes y durante la culminación del acuerdo y la buena fe<sup>920</sup>.

---

<sup>917</sup> Para mayor claridad, trasladamos, como ejemplo, una de las redacciones posibles de dicha cláusula por parte del comprador: “1º. El contrato quedará regulado por nuestras condiciones generales exclusivamente. 2º. Las condiciones de venta del proveedor sólo formarán parte del contrato cuando sean aceptadas por escrito por el comprador. La recepción de la mercancía sin reservas no significa la aceptación de las condiciones generales del vendedor”. Por su parte, el vendedor confirma su aquiescencia con relación al pedido solicitado por el adquirente, junto a su propio formulario, entre cuyas estipulaciones se incluye la siguiente: “El pedido se servirá exclusivamente según nuestras condiciones generales. 2º. Las condiciones generales de compra que resultan contrarias a las contenidas en el presente condicionado sólo podrán oponerse cuando hayan sido reconocidas por escrito”. La dinámica habitual es que las partes harán caso omiso de la contradicción existente entre sus respectivos prontuarios, y, en muchas ocasiones, ni siquiera habrán sido conscientes de la misma al no leerlos con suficiente detenimiento. De este modo, el comprador recibirá la mercancía sin objeciones, y sólo cuando, con posterioridad, el comprador reclame al vendedor por vicios ocultos, o por cualquier otro defecto en la ejecución, se pondrá de manifiesto el conflicto entre los diversos clausulados de las partes.

<sup>918</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, op. cit., p. 279.

<sup>919</sup> DÍEZ-PICAZO (“*La formación del...*”, cit., pp. 25 y 26) introduce el contenido del artículo 2.207 del Código de Comercio Unificado estadounidense, y, en particular, por lo que se refiere a este supuesto concreto cuando las prestaciones han sido total o parcialmente ejecutadas, destacamos la aplicación del apartado c) del mismo: “[...] c) La conducta llevada a cabo por ambas partes, que signifique reconocimiento de la existencia de un contrato, es suficiente para que el contrato (de compraventa) quede establecido entre ellas, aunque las declaraciones escritas de las partes no lo hubieran perfeccionado. En este caso, el contenido del contrato queda formado por aquella parte de los términos de las declaraciones de los contratantes en que éstos sean coincidentes, y por las demás reglas complementarias o supletorias derivadas de las disposiciones de la ley”.

<sup>920</sup> LARA AGUADO (op. cit., pp. 72 y 73) explica que “[...] Esta es la opción por la que se decanta la § 2-207 UCC, el art. 2.22 PU, el art. 4:209 MCR, el Derecho canadiense y la práctica jurisprudencial de muchos ordenamientos jurídicos –entre ellos el alemán y el danés–, que parten de la presunción de que las partes no suelen leer los formularios, lo que no impide que los contratantes confíen en la perfección del contrato, pese a las discrepancias entre sus formularios; ponen el énfasis en la buena fe de las partes y tratan de evitar privilegiar a una de ellas por una circunstancia tan aleatoria como el haber sido el último o el primero en remitir su declaración de voluntad. Esta última opción tiene la ventaja de que impide que las partes traten de eludir sus obligaciones contractuales por el hecho de que existan incongruencias entre sus formularios. Será labor judicial el intentar averiguar hasta qué punto la discrepancia entre las cláusulas de los formularios es materialmente importante. No obstante, plantea el problema de la integración de las cláusulas del contrato que hayan quedado anuladas con motivo de la discrepancia entre los formularios. Según la § 1-303 UCC, la integración del contenido del contrato se efectuará atendiendo a los usos propios del sector económico o comercial al que pertenece el contrato, los actos de las partes durante el proceso de negociación y el modo de cumplimiento del contrato por uno de los contratantes,



Otra creación doctrinal para resolver los supuestos en que se ha producido un intercambio de declaraciones, expresadas mediante condicionados generales, y en los que la conformidad introduce alteraciones sustanciales de la propuesta inicial, es la *gap-filling rule*. De acuerdo con esta teoría, cuya denominación es harto elocuente, existe una laguna en todos aquellos extremos en los que surja disputa entre los formularios utilizados respectivamente por las partes, y, por tanto, deviene necesario colmarlas. El resultado que se obtiene es, a nuestro juicio, idéntico al que propugnan las diversas tesis apuntadas con anterioridad. De esta forma, habría que integrar los términos del contrato en lo que concierne a las cláusulas contradictorias, al entender que los extremos regulados por esas estipulaciones han quedado vacíos de contenido<sup>921</sup>.

La especificidad de la solución propuesta para las batallas de formularios, frente a las manifestaciones de voluntad expresadas por otros medios, se revela de forma patente en aquellos casos en que surgen discordancias sustanciales entre tales condicionados. En tales supuestos, no se impide la formación del contrato, como se desprendería de las máximas clásicas, sino que se eliminan de éste. No obstante, debemos concluir que, en nuestra opinión, tanto las reglas tradicionales examinadas como las novedosas soluciones descritas persiguen el mismo efecto, la pervivencia del contrato, si bien por diferentes vías. De este modo, las primeras conducen a considerar que los actos ejecutivos constituyen un medio válido para entender recaída la aceptación de la contraoferta y, de acuerdo a sus premisas, el contenido contractual dependerá de la última propuesta remitida entre las partes.

Sin embargo, la doctrina moderna considera que cabe predicar la existencia de una genuina aceptación cuando los intervinientes han llevado a cabo una verdadera negociación y han logrado alcanzar un acuerdo sobre los elementos suficientes para configurar un contrato. Además, el contenido de dicho convenio se perfilará mediante la conjunción de dos criterios: por un lado, las cláusulas sustancialmente coincidentes y, por otro lado, la labor integradora que deberá desarrollar el juez<sup>922</sup>, que tendrá que valorar todos los indicios, pero limitada a las discrepancias existentes<sup>923</sup>. En el desempeño de dicha labor, el juzgador deberá

---

no objetado por su contraparte. Los PECL y los PU no prevén reglas especiales para la integración del contrato en caso de las batallas de formularios, por lo que habrá que acudir a los criterios generales de integración de los contratos, los usos o las prácticas establecidas entre los contratantes y la buena fe. A esta opción se le critica el hecho de prescindir del consentimiento mutuo sobre los elementos esenciales del contrato, que quedaría suplido por los índices de integración mencionados”.

<sup>921</sup> DURANY PICH (“*Sobre la necesidad ...*”, cit., p. 1090 y nota 166) se refiere a tal supuesto como contrato de hecho, aunque, a nuestro modo de ver, no deja de ser un problema de discrepancia entre los formularios intercambiados por las partes, y se admite que, implícitamente, la doctrina mencionada adopta la *knock-out rule*.

<sup>922</sup> No obstante, actualmente, esta postura actualmente se debería entender contraria a la doctrina jurisprudencial introducida a consecuencia de la recepción de la filosofía de la STJU 14 junio 2012, y que impregna la nueva redacción del artículo 83 TRLGDCU.

<sup>923</sup> Para acabar de complementar la postura expuesta, no podemos dejar de citar de nuevo a DURANY PICH (“*Sobre la necesidad ...*”, cit., p. 1070 y 1071) en cuanto a la dificultad de determinar el contenido del contrato. Según el citado autor,

acudir a las previsiones legislativas con carácter facultativo para el tipo de convenio en cuestión -o, en su defecto, análogos-, a los patrones de conducta inherentes a la buena fe que debe presidir todo el *iter* contractual y a los usos del tráfico.

#### **b. ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

Afortunadamente, la Propuesta de Modernización objeto de nuestra investigación regula específicamente el supuesto de la batalla de los formularios en el artículo 1.252, frente a la completa omisión padecida por el vigente Código Civil, como en prácticamente todos los temas relevantes en la génesis contractual. En línea con las modernas tendencias doctrinales que acabamos de presentar, apoyamos su acierto en cuanto al reconocimiento de la validez del convenio alcanzado si las partes han llegado a un acuerdo efectivo sobre los elementos esenciales del mismo y las demás previsiones de naturaleza particular, aunque no entendamos, ni aprobemos, esta última alusión.

El contrato resultante se regirá por las estipulaciones particulares convenidas y por las cláusulas de carácter general que sean sustancialmente comunes, las cuales se completarán a través de los diversos criterios de integración recogidos en el artículo 1.243 -actual art. 1.258-, es decir, la buena fe, los usos y la ley. Por último, el precepto admite la pertinente posibilidad de que una de las partes comunique a la otra, sin demora desde que se produjo el acuerdo, que sólo consiente quedar vinculada si la ligazón se configura exclusivamente conforme a sus condiciones generales.

La Convención de Viena de 1980 no prevé específicamente un precepto que regule la batalla de formularios, lo que se ha venido justificando mediante el argumento de que las dificultades que encierra esta específica disputa obstaculizaron la consecución del necesario consenso en la materia<sup>924</sup>. Las respuestas que se ofrecen ante esta ausencia normativa son dispares. Para algunos autores, no hay discusión acerca de que la Convención vienesa no regula la pugna entre formularios, y se debe encontrar la solución en el Derecho interno que resulte

---

probablemente la determinación del contenido del acuerdo sea el paso más difícil que queda por dar. No se muestra partidario de regular casuísticamente la cuestión, sino que considera preferible aceptar que se puedan formar contratos sin una perfecta coincidencia entre la oferta y la aceptación, y, a tales efectos, prever unos criterios con base en los cuales el juez deba resolver el conflicto. De esta manera, éste goza de un mayor margen de maniobra para alcanzar la solución más justa según las circunstancias concurrentes, ya que dilucidar qué cláusulas son coincidentes y cuáles contradictorias es una cuestión de interpretación. Por lo que se refiere a los criterios para resolver la cuestión planteada, acude a la sustitución de las cláusulas contradictorias por el Derecho dispositivo, como en cualquier otro caso de nulidad parcial, a la observación por la parte beneficiada de los deberes dimanantes del principio de la buena fe, entre los que destaca el cumplimiento del deber de información, y a los usos del sector. Asimismo, entiende que el Juez no debe encontrar un denominador común para eliminar las contradicciones, ni puede sustituir a las partes y compensar unas cláusulas por otras al objeto de equilibrar la relación.

<sup>924</sup> DÍEZ-PICAZO, “¿Una nueva doctrina general...”, cit., p. 1716.

aplicable<sup>925</sup>. Otros exponen que estamos frente a una laguna, y que, en consecuencia, hay que acudir a los principios generales que encierra el texto uniforme. Por el contrario, también se defiende que se pueden encontrar las suficientes claves para solventar esta problemática en el artículo 19, al ofrecer los criterios de distinción entre elementos esenciales y no esenciales<sup>926</sup>.

Una postura muy cercana a la anterior señala que el mencionado artículo 19 soluciona claramente estos supuestos mediante la aplicación de las normas generales dedicadas a la oferta y aceptación. Las razones que se esgrimen en apoyo de esta última opción son dos. La primera reside en que los formularios intercambiados por los intervinientes durante el proceso de formación contractual, aunque resulten largos y predeterminados, constituyen las manifestaciones de voluntad exteriorizadas por tales sujetos, y, por tanto, deben identificarse con las ofertas, contraofertas y aceptaciones emitidas por los futuros contratantes. El segundo motivo que se arguye descansa en el detenido análisis del seguimiento de la evolución legislativa del repetido precepto de la Convención de Viena<sup>927</sup>.

En este punto, hemos de destacar que, durante la labor de revisión de la LUF, antecedente más inmediato del texto vienés, se propuso incorporar un apartado especial que sentara las pautas adecuadas para resolver este tipo de colisiones. Sin embargo, finalmente se retiró porque los redactores entendieron que suponía establecer un régimen especial frente a las aceptaciones que no se exteriorizaran a través de un formulario, y que, de este modo, se confería mayor prevalencia a éstas últimas. A pesar de ello, se elevó una enmienda que presentaba una gran semejanza con las soluciones formuladas por las modernas tendencias doctrinales, la cual, desafortunadamente, también se rechazó. No obstante este repudio, hemos de destacar que la causa del mismo no obedeció a razones de fondo, sino a la imposibilidad de discutir convenientemente la rectificación propuesta debido al avanzado estado de las negociaciones<sup>928</sup>.

Por consiguiente, la Convención de Viena de 1980 se alejaba de la solución desarrollada por la jurisprudencia alemana y, además, de la expresa previsión contenida en la sección 2-207 del *Uniform Commercial Code* estadounidense<sup>929</sup>. Se

---

<sup>925</sup> DURANY PICH, “Sobre la necesidad ...”, cit., p. 1094.

<sup>926</sup> DÍEZ-PICAZO, “Artículo 19”, VVAA *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director DÍEZ-PICAZO, Cívitas, Madrid, 1998, p. 193.

<sup>927</sup> SAN JUAN CRUCELAEGUI (op. cit., pp. 122 y 123) apunta que la corriente mayoritaria parece orientarse hacia la *last shot rule*, por lo que gozará de preeminencia el formulario enviado en último lugar.

<sup>928</sup> PERALES VISCASILLAS, “La formación del...”, cit., pp. 720 y 721.

<sup>929</sup> PERALES VISCASILLAS (“La formación del...”, cit., pp. 706 y 707) expone que en los sistemas del *Common Law* no existe una postura uniforme a la hora de solucionar los problemas derivados de las aceptaciones que introducen modificaciones sustanciales de la oferta: en el Derecho inglés se sigue la concepción clásica o *regla del espejo*, mientras que, en el Derecho estadounidense, se sigue parcialmente la misma siempre que no exista intercambio de formularios. En el caso de que la oferta o aceptación se manifieste mediante el uso de uno de ellos, la máxima citada se sustituye por la prevista en la sección 2-207 del *Uniform Commercial Code*. De esta forma, la solución adoptada por la Convención de

afirma que la posición adoptada por el legislador vienés pretende estimular la lectura de los formularios y la efectiva negociación de las cláusulas que conformarán el futuro contrato. En el extremo opuesto se posicionan los sistemas jurídicos y los textos internacionales que parten de la premisa de que los formularios o cláusulas impresas no se leen o no se entienden debidamente, y esa visión les impulsa a perseguir otro objetivo de política legislativa. Su finalidad principal se enfoca hacia la priorización de la tutela de la *bonas fides*, a través de la búsqueda de un remedio neutral que impida la obtención por parte de los intervinientes de cualquier ventaja gracias a la fortuita eventualidad de ser el primero o el último, en función de los casos, que remita su declaración de voluntad.

Las críticas de los detractores de la opción elegida por la Convención vienesa se asientan, fundamentalmente, en el argumento de que no cabe materializar la aceptación a través de la realización de los actos correspondientes al cumplimiento de la respectiva prestación, o al inicio de la misma, en aquellos supuestos en que, previamente, se ha formulado una contraoferta mediante un formulario comprensivo de condiciones generales. Por el contrario, los defensores de la aplicación del artículo 19 a la resolución de la batalla de formularios aseguran que los comportamientos ejecutivos revelan suficientemente la voluntad del que las realiza, del mismo modo que una declaración de voluntad, y que la falta de atención prestada en la revisión de los formularios intercambiados no puede obviar las reglas generales sobre la oferta y la aceptación. Además, el primitivo oferente siempre puede rechazar el envío de los bienes o insistir en negociar un determinado extremo.

Por consiguiente, si el condicionado general que se envía en calidad de respuesta contiene modificaciones que afectan sustancialmente a los términos comprendidos en la proposición inicial, se transformará en una contraoferta. Además, se entenderá perfeccionado el contrato en el momento en que se lleve a cabo una actuación posterior que culmine su ejecución o que comience la misma, por cuanto esa conducta se valora como una genuina aceptación. En tal caso, el contenido del contrato se acomodará al de dicha contrapropuesta<sup>930</sup>. En cambio, si el clausulado de previsiones normalizadas no contempla alteraciones esenciales, se ha de calificar como conformidad con la oferta. En consecuencia, las cláusulas finales del acuerdo contractual se corresponderán, básicamente, con las establecidas en la propuesta primigenia, si bien se sustituirán aquellas que se han visto modificadas por obra de la aquiescencia formulada, y se adicionarán aquellas que,

---

Viena de 1980 se identifica con los principios más rígidos del *Restatement (Second) of Contracts*, y, en concreto, con la sección 59 del mismo.

<sup>930</sup> SAN JUAN CRUCELAEGUI, op. cit., p. 123.

a causa de su ausencia en la primitiva proposición, únicamente se encuentran incorporadas en la respuesta formulada a la misma<sup>931</sup>.

A partir de este punto, se inicia un importante cambio de rumbo por cuanto los demás textos de Derecho Uniforme optan por regular expresamente la batalla de formularios, lo que, en el caso de los Principios Unidroit, se contiene en el artículo 2.1.22<sup>932</sup>. Su postura arranca de la idea de que las partes no leen las cláusulas contenidas en los condicionados generales que se intercambian, de modo que no observan las divergencias existentes. En los comentarios realizados al citado precepto podemos observar que sus redactores aluden a la posibilidad de que, aunque no recaiga una aceptación expresa de las mismas, cupiera entender perfeccionado el contrato, y a cuál de los formularios debe prevalecer. A fin de alcanzar la respuesta apropiada, en primer lugar analizan la aplicación de las normas generales sobre la oferta y aceptación, pero les conduce a la conclusión de que no puede afirmarse la existencia del contrato, ya que la contestación del destinatario se transformaría en contraoferta.

Igualmente, señalan que, en el supuesto de que cualquiera de los intervinientes, o ambos, hubieran iniciado la ejecución o cumplido totalmente sus respectivas prestaciones, sin formular objeciones a los formularios utilizados, el acuerdo contractual se perfeccionaría conforme a las cláusulas del que envió su condicionado general en último lugar, según la *teoría del último disparo*<sup>933</sup>. Sin embargo, los Principios Unidroit excluyen dicho resultado si las partes no han supeditado la culminación del convenio a la incorporación de sus recíprocos clausulados, sino que, como ocurre con frecuencia en la práctica, las remisiones a los mismos son meramente genéricas. Los comentaristas llegan a la conclusión de que no hay razón suficiente para permitir que las partes puedan discutir la realidad del contrato, o si hubieran empezado a cumplir, para reclamar la vigencia de las cláusulas contenidas en el último formulario remitido, si los propios intervinientes no reivindican con firmeza la aplicación de sus propias previsiones normalizadas.

Por consiguiente, y a pesar de la redacción utilizada, el precepto analizado se aparta del clásico esquema basado en la oferta y aceptación<sup>934</sup> y, de acuerdo con la

---

<sup>931</sup> PERALES VISCASILLAS, “*La formación del...*”, cit., pp. 724 y 725.

<sup>932</sup> El Artículo 2.1.19 (1) es el primero de los cuatro preceptos que los Principios Unidroit dedican a la contratación con cláusulas estándar, que, en principio, se aplica cuando una o ambas partes utilicen este tipo de disposiciones, y se sujeta a las normas generales sobre la formación del contrato, salvo las especialidades contenidas en los Artículos 2.1.20 al 2.1.22 –este último es el que se refiere al supuesto que estamos analizando-. Además, se proporciona una definición de esa clase de estipulaciones en el párrafo (2): “*Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte*”.

<sup>933</sup> Vid. los comentarios realizados por los redactores al precepto 2.1.22, op. cit. p. 74.

<sup>934</sup> PERALES VISCASILLAS (“*La formación del...*”, cit., pp. 707 y 708) entiende que el sistema adoptado por los Principios Unidroit, así como por la sección 2-207 UCC, implica “[...] un control del contenido de las cláusulas de los formularios, lo que supone, en opinión de sus partidarios, el efecto positivo de evitar los costes de negociación, así como favorecer las reglas de los Códigos que fueron redactadas como las más adecuadas. Efectivamente, tras la comparación

*knock-out rule*, admite la conclusión del contrato cuando los participantes hayan logrado alcanzar un acuerdo acerca de sus elementos esenciales que, junto con las cláusulas sustancialmente comunes, definirán su contenido<sup>935</sup>. En línea con los párrafos precedentes, contempla la contingencia de que cualquiera de las partes descarte la perfección contractual en orden a exigir la inclusión de sus condiciones generales, gracias a una clara indicación en tal sentido realizada con antelación, de modo que, lógicamente, no resulta suficiente que se contenga semejante previsión en una cláusula del propio formulario. En su defecto, también permite que, con posterioridad y sin dilación indebida, se informe a la contraparte que no se desea quedar vinculado mediante un contrato regido por estipulaciones distintas a las de su propio formulario.

Los PECL también abordan la solución para la pugna entre compendios de cláusulas generales en el artículo 2:209, si bien aluden a la incompatibilidad entre condiciones generales<sup>936</sup>. Afortunadamente, la redacción utilizada por la aludida norma se separa de la empleada por los Principios Unidroit, lo que arroja mayor claridad a esta compleja situación, aunque, con gran acierto, se contempla un remedio idéntico<sup>937</sup>. La posición de esta propuesta de *soft law* nace del presupuesto de que una pugna de este tipo demanda una solución específica, por lo que se configura como una excepción a la regla general contenida en el artículo 2:208,

---

entre las cláusulas contenidas en los formularios, se llega a la anulación de las que resulten contradictorias entre sí, pasando a ser regulada la cuestión por el derecho dispositivo que resulte aplicable, los usos o las prácticas establecidas entre los contratantes. Ciertamente es que las disposiciones de los Códigos son reglas abstractas y generales, que parecen adaptarse de forma general a toda clase de ventas y productos. Con todo, el resultado que se produce no está exento de inconvenientes e incertidumbres en su aplicación”.

<sup>935</sup> PERALES VISCASILLAS (*“Formación, VVAA Comentario...”*, cit., p. 163) valora que el supuesto contemplado por el artículo señalado supone, en primer lugar, que ambas partes utilicen formularios y que, en segundo lugar, debe existir un acuerdo respecto, al menos, los elementos esenciales del contrato y un disenso acerca de alguna o todas las cláusulas estándar. En concreto, la autora señala que “Parece, pues, que se está haciendo alusión a las condiciones particulares que se redactarán de común acuerdo por los contratantes y que generalmente hacen referencia a los aspectos esenciales del contrato, más que a aquellos casos en que el contenido total de las cláusulas aparece previamente redactado, lo que no suele ser habitual en el ámbito de la contratación ahora contemplada”. Por último, la citada autora señala que, al resultar aplicables las normas generales sobre la oferta y aceptación, las cláusulas estándar deben ser aceptadas y se presume que las estipulaciones contradictorias no han sido aceptadas, por lo que deben excluirse del contenido del contrato. Tampoco formarán parte del mismo las disposiciones que alteren de forma sustancial los términos propuestos y las previsiones sorpresivas, que se contemplan en el art. 2.1.20, entendiéndose por tales las que la otra parte no hubiera podido prever razonablemente.

<sup>936</sup> Artículo 2:209 (3): Incompatibilidad entre condiciones generales: “(3) *Las condiciones generales del contrato son cláusulas que han sido redactadas de antemano para una pluralidad de contratos de cierta clase, y que no han sido negociadas de manera individual entre las partes*”.

<sup>937</sup> DÍEZ-PICAZO (*“Fundamentos...”*, cit., pp. 384 y 385) expone que la solución preconizada por los Principios Unidroit y los PECL se concreta en tres reglas: 1º.- Aunque exista conflicto entre las condiciones generales empleadas en la oferta y la aceptación, el contrato se entiende celebrado dado que ninguna de esas cláusulas estándar eran esenciales para las partes y que su voluntad contractual se plasma en el acuerdo al que han llegado; 2º.- El contenido del contrato se conformará con las cláusulas provenientes de los específicos acuerdos y por aquella parte de las condiciones generales en que éstas sean sustancialmente comunes. Las condiciones generales en conflicto se anulan recíprocamente y se expulsan del contrato. Si, como consecuencia de ello, faltara algún punto por regular, se acudiría a las fuentes supletorias de integración; y 3º.- Sin perjuicio de lo anterior, no se concluye un contrato en los dos casos siguientes: a) Si el oferente manifestó previa y explícitamente que consideraba esenciales sus propias condiciones generales, por lo que no podrá expresarlo mediante ese tipo de cláusulas; y b) Al final, nos encontramos con una aceptación con modificaciones, por lo que se aplica una regla parecida a la del art. 2.208, y se permite que el oferente decida no quedar vinculado por un contrato así celebrado, siempre que comunique su decisión sin retraso.

dedicado a la aceptación con modificaciones<sup>938</sup>. La especialidad estriba en que la respuesta expresada por medio de un condicionado general podrá contener modificaciones sustanciales con relación a las cláusulas estándar contenidas en el formulario de la oferta y, sin necesidad de que la otra parte ejecute su prestación, o inicie su cumplimiento, se podrá entender perfeccionado el contrato.

Al igual que los Principios Unidroit, semejante conclusión sólo será posible cuando los futuros contratantes hayan alcanzado un consenso acerca de los componentes necesarios para configurar el contrato. El resto de su contenido se compondrá mediante las estipulaciones tipo que sean esencialmente coincidentes, sin perjuicio de su tenor literal, mientras que se anulan mutuamente las que resulten antagónicas. De esta forma, si las partes quieren regirse por sus respectivas condiciones generales no debe prevalecer ninguno de los dos formularios, con independencia de cuál de ellas lo envió en último lugar<sup>939</sup>. Asimismo, los tribunales o árbitros integrarán las lagunas surgidas a causa de la supresión de las cláusulas incompatibles mediante otros preceptos de los PECL, los usos del sector o las prácticas establecidas entre las partes –arts. 1:105 y 1:106 (1)–. En caso de no hallar una solución, pueden atender a la naturaleza y objeto del contrato, así como acudir a los niveles medios de la buena fe y lealtad exigibles en las transacciones<sup>940</sup>.

Asimismo, también se contempla la eventualidad de excluir la perfección contractual según la mecánica descrita, si cualquiera de las partes anuncia, previa o posteriormente a la culminación del convenio, que no consiente quedar obligada por un convenio que no contenga única y exclusivamente sus condiciones generales. En el caso de que dicha intención se comuniquen con antelación, deberá realizarse de forma explícita, por lo que, en la misma dirección que los Principios Unidroit, no se podrá invocar esta excepción si se contiene en una de las cláusulas estándar que componen el formulario empleado. En cuanto a la oportunidad de desvincularse después de la conclusión del contrato, la única exigencia que se contempla es que la

---

<sup>938</sup> LANDO y BEALE (op. cit., pp. 251 y 252) diferencian el supuesto de la aceptación modificada del artículo 2:208 y el de la batalla de los formularios del artículo 2:209, como también hacen los Principios Unidroit. Nos encontramos en el primer caso cuando el destinatario utiliza su formulario o alude a sus condiciones generales, y altera materialmente los términos de la oferta; mientras que, en la segunda hipótesis, las dos partes han de utilizar sus formularios o hacer referencia a sus respectivos condicionados.

<sup>939</sup> LANDO y BEALE (op. cit., pp. 256 y 257) confirman que los PECL han querido alejarse de la teoría de “la última palabra” o “del último disparo”. De hecho, explican que también se apartan de otra tesis recogida en el Código civil holandés, denominada *first shot*, en la que el primer formulario, o la primera referencia a condiciones generales, es la que prevalece, salvo que se rechace explícitamente la aplicabilidad del condicionado general enviado o mencionado en primer lugar. Esta separación obedece a que la solución contemplada por esas tradicionales reglas deriva de un elemento que, en muchas ocasiones, es incidental; es decir, depende del momento en el que se envían los formularios. Finalmente, los propios comentaristas reconocen que es muy difícil decidir cuándo existe coincidencia sustancial –*common in substance*–, debido a que la misma se refiere a la identidad en cuanto al resultado, y no a su mera formulación.

<sup>940</sup> LANDO y BEALE (op. cit., p. 257) se remiten al artículo 6:102, relativo a los términos implícitos, dado que aplican en este supuesto algunas de las fuentes que establece dicha norma para hacer derivar las cláusulas implícitas necesarias, a fin de colmar las lagunas existentes en un contrato (pp. 439 y 440): “a) la intención de las partes. b) la naturaleza y objeto del contrato. c) Y la buena fe”.

notificación al efecto se realice sin tardanza, lo que, a nuestro modo de ver, demuestra la proximidad de este supuesto con la aceptación comprensiva de modificaciones, si bien en este último escenario dicha coyuntura se circunscribe exclusivamente a las alteraciones no sustanciales.

En cuanto a la comparación de la regulación prevista en el DCFR para la hipótesis objeto de estudio en el presente subepígrafe con sus predecesores, no nos extrañaremos de la similitud que se observa entre su artículo II.- 4:209 y el artículo 2:209 de los PECL, dada la íntima relación entre ambas propuestas de *soft law*<sup>941</sup>. Sin perjuicio de las evidentes discrepancias en la redacción utilizada por tales proyectos de normas, que no consideramos relevantes, la divergencia realmente notable se observa en que el DCFR emplea la expresión “*cláusulas estándar*” en lugar de “*condiciones generales*” –tanto en la versión inglesa como en la traducción española-, y que no contiene un apartado específico que ofrezca la definición de dicha locución. En este punto, hemos de acudir al artículo II.- 1:109 del DCFR, en el que localizamos la descripción de ese concepto<sup>942</sup>, y, a pesar de que, normalmente, aparecen como nociones sinónimas, se destaca una diferencia en el plano cuantitativo<sup>943</sup>.

Por último, también queremos poner de relieve que, en los comentarios relativos al precepto en cuestión, los redactores puntualizan que no hemos de acudir a la específica regla que contiene el mismo siempre que los intervinientes utilicen clausulados de estipulaciones estándar, y que no sean totalmente idénticos, sino únicamente cuando exista un verdadero conflicto entre los mismos. En este sentido, aseguran que no existe ningún tipo de disconformidad cuando ciertas previsiones sólo se contienen en uno de los formularios intercambiados, *v. gr.* se limitan a la incorporación de especificaciones técnicas de los productos o servicios objeto del contrato<sup>944</sup>.

---

<sup>941</sup> VALPUESTA GASTAMINZA (op. cit., pp. 121 y 122) comenta que, en los diversos países, se han sugerido respuestas diferentes a esta cuestión, y que el DCFR ha optado por considerar que existe contrato y que las condiciones generales forman parte del contrato en la medida en que sean coincidentes, si bien valora como forzada dicha alternativa.

<sup>942</sup> De acuerdo al Artículo II.- 1:109 del DCFR (op. cit., p. 160), “A «*standard term*» is a term which has been formulated in advance for several transactions involving different parties and which has not been individually negotiated by the parties”. Asimismo, en la lista de definiciones que el DCFR prevé antes de abordar los diferentes libros de los que se compone –*Model Rules*-, también se describe el concepto que estamos analizando en términos idénticos: “«*Standard terms*» are terms which have been formulated in advance for several transactions involving different parties, and which have not been individually negotiated by the parties” y, lógicamente, se remite al citado artículo II.- 1:109. El artículo I.- 1:108 del DCFR se rubrica con la expresión “*Lista de definiciones*” e indica, en el párrafo (1) que “*The definitions in the list of definitions apply for all the purposes of these rules unless the context otherwise requires*” (op. cit., p. 111).

<sup>943</sup> En las notas formuladas por los redactores al Artículo II.- 1:109 del DCFR se matiza que “The definition of «*standard term*» is similar to the definition of «*general conditions of contract*» in art. 2:209 of the Principles of European Contract Law. The only significant difference is that those Principles refer to terms formulated in advance «for an indefinite number of contracts». That seems too strict, however. Terms formulated in advance for, say, a hundred contracts should equally be considered standard terms” (op. cit., p. 160).

<sup>944</sup> En los comentarios al Artículo II.- 4:209 del DCFR (op. cit., p. 329), los redactores explican que tampoco es necesario acudir a la regla contenida en el mismo, aunque los formularios utilizados por las partes no sean iguales, por cuanto no surge ningún conflicto entre los mismos, cuando “[...] the parties may have so conducted themselves that only one set applies. This may happen because they have agreed explicitly that one set should govern their contract, for example when



Asimismo, tampoco entienden que se produzca ninguna discrepancia si las condiciones generales incorporadas en uno de los clausulados se contemplan, con asiduidad, en contratos del mismo tipo, debido a que, en nuestra opinión, no pueden generar sorpresa al otro interviniente ni resultar inadecuadas a la situación<sup>945</sup>. En ambos supuestos se entiende que no varían ni alteran las disposiciones establecidas por la contraparte. Por el contrario, surgirá una discordancia que nos obligará a recurrir a esta máxima específica cuando los términos que contempla, exclusivamente, el formulario de uno de los participantes en la génesis contractual se aparten de las normas previstas legalmente para la regulación de dichos extremos. En ese caso, lógicamente, prevalecerán las previsiones legales, dado que se entiende que la contraparte preferirá que rijan tales disposiciones<sup>946</sup>.

### **c. CONTRASTE DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL CON SUS PREDECESORES**

La comparación entre la redacción de la Propuesta de Modernización del Código Civil y la adoptada por los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR arroja como resultado que, si bien existen diferencias, normalmente terminológicas, la *ratio* de las normas proyectadas por dichos textos es la misma en todos ellos<sup>947</sup>. En este sentido, el punto más destacable es que todas esas propuestas internacionales de *soft law* y la Propuesta de Modernización objeto de nuestra investigación optan por desplazar las reglas generales sobre la formación del contrato, dado que observan que no proporcionan una respuesta apropiada a la problemática generada por la pugna entre los formularios de condiciones generales que los futuros contratantes se remiten mutua y recíprocamente. Asimismo, consideran que este supuesto es una excepción a la regla sentada para el caso de una aceptación que introduce modificaciones a la propuesta primigenia<sup>948</sup>.

---

a party has signed a document which is to be treated as the contract, although in previous correspondence that party has referred to its terms of contract. It may also happen because one party fails to bring its standard terms to the other party's attention before or when the contract is concluded".

<sup>945</sup> Según el artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit (op. cit., pp. 69 y 70), "(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente". Asimismo, debemos tener presente que, como señala el siguiente párrafo, "(2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación".

<sup>946</sup> En este sentido, vid. los comentarios al artículo II.- 4:209 del DCFR (op. cit., p. 329), en los que se expone que "There is, however, a battle of forms even if only one party's terms contain provisions on an issue, when its terms deviate from the general rules of law, and it is to be understood that the other party meant the rules of law to cover the issue. Thus the rules in the Article will govern the situation where in its offer the supplier's general terms contain a price escalation clause and the buyer in its acceptance uses a form which says nothing about later changes in the price".

<sup>947</sup> También resulta importante constatar que la Propuesta de Modernización del Código Civil se distancia de la Convención de Viena de 1980 en esta materia, por cuanto regula expresamente el supuesto de la batalla de los formularios, y lo hace, tal y como hemos explicado, en la misma dirección que los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR.

<sup>948</sup> Vid. los comentarios realizados al artículo II.- 4:209 del DCFR (op. cit., p. 329), en los que se explica que "The Article provides that there may be a contract even though the standard terms exchanged by the parties are in conflict. This is an exception to the general rule on modified acceptance in the preceding Article. Under that Article, an acceptance which

Los redactores de dichos instrumentos internacionales, al igual que en el caso de la citada Propuesta de Modernización, detectan que existe una clara incongruencia entre el comportamiento de los intervinientes, que se intercambian compendios de cláusulas estándar entre los que surgen contradicciones relevantes, pero que, al mismo tiempo, desean la conclusión del contrato. De este modo, sólo se arguye dicha colisión cuando, con posterioridad a la ejecución del convenio, o durante su cumplimiento, cualquiera de las partes detecta que éste no satisface todas sus expectativas o que la prestación correspondiente al cocontratante no reúne todas las características que entendía pactadas<sup>949</sup>. La constatación de semejante tesitura les conduce a considerar que, si existe acuerdo acerca de los elementos esenciales del contrato, éste se perfecciona aunque los condicionados generales no sean coincidentes, ya sean conscientes sus autores de tal hecho, ya sea éste imputable a la falta de lectura de dicho clausulado<sup>950</sup>.

De forma consecuente con la premisa anterior, configuran el contenido del acuerdo contractual mediante la conjunción de los componentes necesarios del mismo sobre los que recaiga el consentimiento de los sujetos y las estipulaciones tipo sustancialmente comunes, lo que afecta en exclusiva a su esencia o resultado, y es independiente de su formulación. Asimismo, la postura adoptada conduce a la exclusión de las cláusulas contradictorias, cuya regulación se suplirá a través de los criterios de integración previstos para cualquier otra laguna contractual, que, como ya hemos expuesto, son bastante similares. La primera divergencia que surge como resultado del contraste entre la Propuesta de Modernización y sus antecesores deviene de que, desafortunadamente, el citado proyecto de reforma legislativa

---

differs from the offer will be effective only if the differences are not material. (...) The difference made by the present Article, is that the contract may be formed by the exchange of standard terms, rather than only if and when the performance takes place”.

<sup>949</sup> En este sentido, vid. los comentarios realizados al artículo II.- 4:209 del DCFR (op. cit., p. 328), ya que explican que “A special rule for this battle of forms is called for because it often happens that the parties purport to conclude the contract each using its own form although the two forms contain conflicting provisions. There is an element of inconsistency in the parties’ behaviour. By referring to their own standard terms, neither wishes to accept the standard terms of the other party, yet both wish to have a contract. A party will only be tempted to deny the existence of the contract if the contract later proves to be disadvantageous for that party. The purpose of the rule is to uphold the contract and to provide an appropriate solution to the battle of forms”.

<sup>950</sup> Según los comentarios realizados al precepto 2.1.22 de los Principios Unidroit (op. cit., p. 74): “Si las reglas generales sobre oferta y aceptación fueran aplicadas, no existiría contrato ya que la supuesta aceptación del destinatario estaría sujeta a la excepción prevista en el Art. 2.1.11 (2). (...) La doctrina del “último disparo” puede resultar apropiada si las partes claramente indican que la adopción de sus cláusulas estándar es una condición esencial para el perfeccionamiento del contrato. En cambio si las partes, como es bastante frecuente en la práctica, hacen referencia a sus cláusulas estándar de manera relativamente mecánica, como cuando intercambian órdenes de pedido y acuses de recibo impresos que incluyen sus respectivas cláusulas estándar al reverso, sin siquiera advertir el conflicto que existe entre dichas cláusulas, no hay razón para permitir que las partes posteriormente cuestionen la existencia del contrato, o, si han comenzado a cumplir sus obligaciones, para permitir que insistan en la aplicación de las cláusulas que fueron enviadas, o a las que se hizo referencia en último lugar. Es por esta razón que, no obstante las reglas generales sobre oferta y aceptación, este artículo expresa que si las partes llegan a un acuerdo excepto con respecto a sus cláusulas estándar, el contrato se considera perfeccionado conforme a aquellos términos que han sido acordados y conforme a cualquier cláusula que sea sustancialmente común para ambas partes (doctrina “knock-out”)”.

requiere que el pacto abarque no sólo los elementos imprescindibles, sino también “a las demás condiciones particulares”, con independencia de su esencialidad<sup>951</sup>.

La segunda discrepancia existente entre la Propuesta de Modernización del Código Civil y sus precursores no alcanza la trascendencia de la reseñada en el párrafo inmediatamente anterior. Se concreta en que, incomprensiblemente, dicha Propuesta no contempla la posibilidad de que las partes puedan advertir con anterioridad a la celebración del contrato, y de forma explícita, que sólo admitirán su vinculación contractual si las condiciones generales contenidas en su propuesta o respuesta configuran en exclusividad el contenido contractual<sup>952</sup>. Ciertamente, no conseguimos encontrar una explicación para justificar esa ausencia, cuando sí contempla tal eventualidad después de alcanzarse la culminación del acuerdo, pero entendemos que la libertad contractual ampara sobradamente dicha hipótesis<sup>953</sup>.

### **3. CONFIRMACIÓN ESCRITA ENTRE COMERCIANTES**

El artículo 1.251, nº 2 de la Propuesta de Modernización del Código Civil presta su atención a una situación de la que ni la doctrina ni la jurisprudencia española se han hecho eco. En puridad, supone una proyección específica de la regla prevista para la aceptación que introduce términos adicionales o diferentes que no alteren significativa, material, esencial o sustancialmente los términos de la oferta. No obstante, existe una divergencia trascendental, por cuanto en este supuesto el

---

<sup>951</sup> En nuestra opinión, supone un claro retroceso, ya que condiciona la conclusión del contrato a la ampliación del acuerdo sobre extremos que no son imprescindibles a tal efecto. De hecho, los antecesores de la Propuesta de Modernización del Código Civil –y el DCFR– sólo aluden a que las partes han de alcanzar un acuerdo, sin concretar expresamente sobre qué ha de recaer el mismo. Únicamente los Principios Unidroit delimitan ese aspecto, aunque de forma negativa, al indicar, al principio del artículo 2.1.22 que “**Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas**, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato”. (la negrita es nuestra)

<sup>952</sup> Vid. los comentarios al artículo 2.1.22 de los Principios Unidroit (op. cit., p. 75) y al artículo II.- 4:209 del DCFR (op. cit., pp. 329 y 330), en los que se indica, respectivamente, que “No es posible anticipar de manera absoluta qué debe considerarse en la práctica por indicar «claramente» que no tiene el propósito de quedar obligada. Empero, generalmente no será suficiente incluir este tipo de cláusula dentro de las mismas cláusulas estándar, puesto que lo que se necesita es una manifestación específica de la parte a quien atañe su oferta o aceptación” y que “If done in advance, this must be indicated explicitly and not by way of standard terms. Experience has shown that a party whose standard terms provide that there will be no contract unless those terms prevail (such a clause is often called a “clause paramount”) often remains silent in response to the other party’s conflicting terms, and acts as if a contract had come into existence. The provision is often contradicted by the party’s own behaviour. To uphold it would erode the rule”.

<sup>953</sup> Sin embargo, CUADRADO PÉREZ (“La formación ...”, cit., pp. 244 y 245) detecta tres diferencias entre la Propuesta de Modernización del Código Civil y los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR. La primera se refiere, como en nuestro caso, al contenido del acuerdo. Sin embargo, el citado autor pone de relieve el acierto de la citada Propuesta de Modernización cuando exige explícitamente que el pacto al que lleguen las partes recaiga sobre los elementos esenciales del mismo, mientras en las normas proyectadas por sus precursores sólo se alude al acuerdo que deben alcanzar y se especifica sobre qué debe versar el mismo en los comentarios. En segundo lugar, el experto mencionado destaca, al igual que nosotros, que la Propuesta de Modernización no recoge la posibilidad de evitar la conclusión del contrato con antelación, si bien también entiende que esa desafortunada omisión no impediría una previsión expresa en tal sentido. Por último, el autor apunta una tercera discrepancia entre la Propuesta de Modernización y los modelos en que se apoya, dado que dicha Propuesta se refiere expresamente a las fuentes para integrar las lagunas –art. 1.243: buena fe, uso y ley– y en los instrumentos internacionales que le preceden se hace mención a las mismas en los comentarios, y no en los preceptos correspondientes.

contrato se perfeccionó con anterioridad a la formulación de tales desviaciones, y, por tanto, éstas no se contienen en la contestación formulada por el destinatario, sino en el ulterior escrito de ratificación comprensivo de los términos convenidos previamente que uno de los contratantes envía al otro<sup>954</sup>.

Igualmente, otra disparidad, en este caso manifiesta, es que el ámbito subjetivo de esta norma se restringe sin lugar a dudas a profesionales o comerciantes. Sin perjuicio de tales diferencias, que responden a las características intrínsecas del supuesto, podemos trasladar las mismas incertidumbres que nos surgieron durante el análisis de las declaraciones de conformidad modificativas. En especial, cómo identificar las desviaciones sustanciales con relación a los términos del acuerdo alcanzado, y cómo delimitar el plazo razonable en el que el ofertante debe exteriorizar su oposición a la incorporación de las variaciones no sustanciales.

La hipótesis contemplada en el precepto se refiere a la consecución entre comerciantes o profesionales de un pacto, bien de carácter verbal o bien mediante comunicaciones escritas no agrupadas en un único documento final, sobre los elementos esenciales de dicho acuerdo. Sin embargo, posteriormente, cualquiera de los contratantes envía una ratificación escrita que incorpora adiciones o modificaciones que no afectan significativamente al convenio alcanzado. Debido al paralelismo que anunciamos con la aquiescencia que incorpora desviaciones no sustanciales, la solución ofrecida por el precepto invocado es la integración de tales cambios en el contrato, salvo que la contraparte exprese su disenso sin demora injustificada<sup>955</sup>.

La delimitación temporal señalada para la remisión de la referida objeción es, como en otras normas proyectadas por la Propuesta de Modernización del Código Civil, ciertamente imprecisa. No obstante, podemos compartir la lógica de dicha indeterminación, por cuanto resulta prácticamente imposible establecer un periodo de tiempo que se ajuste a la mayoría de los casos. A lo sumo, cabe apuntar que la oposición deberá remitirse dentro de un lapso próximo a la llegada de esa supuesta convalidación, que se concretará en función de las circunstancias concurrentes. Igualmente, hemos de aplicar las consideraciones anteriores con

---

<sup>954</sup> PERALES VISCASILLAS (*“Formación, VVAA Comentario...”*, cit., pp. 144 y 145) destaca que el supuesto regulado es una práctica muy habitual en la contratación internacional. Asimismo, señala que el problema que se trata de solventar surge cuando, antes de la ejecución contractual, se envía dicha carta de confirmación con términos no negociados por las partes. En la misma línea, vid. los comentarios al artículo II- 4:209 del DCFR, op. cit., p. 329. En cualquier caso, es un extremo que no requiere mayores consideraciones, por cuanto carecería de toda lógica una confirmación de este tipo que se remitiera una vez ejecutadas las prestaciones de ambas partes, o incluso sólo una de ellas.

<sup>955</sup> DÍEZ-PICAZO, *“Fundamentos ...”*, cit., p. 385. Asimismo, hemos de poner de relieve otra errata de la Propuesta de Modernización, por cuanto alude a *“sin demora justificada”*.

relación al plazo para el envío de la propia confirmación escrita, cuya razonabilidad dependerá, una vez más, de los pormenores presentes<sup>956</sup>.

Por consiguiente, nos encontramos ante un nuevo supuesto en el que el silencio mantenido por el receptor del compendio de los extremos presuntamente acordados con anterioridad equivale a la aprobación del mismo. Ahora bien, hemos de hacer hincapié en que semejante equiparación sólo puede predicarse con relación a la comunicación que contiene cambios que no resultan significativamente relevantes<sup>957</sup>. En caso contrario, obviamente no puede llegar a concluirse dicha identificación, por cuanto supondría obligar a los contratantes a rechazar rápidamente todas las comunicaciones que reciban de la contraparte, y que no se acomoden al pacto logrado, so pena de verse vinculados bajo condiciones radicalmente diferentes o completamente novedosas<sup>958</sup>. Sin necesidad de mayores consideraciones, entendemos que la exigencia de tal comportamiento atentaría flagrantemente contra los deberes dimanantes de la buena fe, que también afecta a esta fase del proceso contractual.

La Convención de Viena de 1980 no afronta expresamente la regulación de este supuesto, por lo que en este punto diverge tanto de la Propuesta de Modernización del Código Civil como de los restantes precursores de la misma, mientras que en estos últimos puede observarse una genérica concordancia en cuanto a las previsiones relativas a la presente hipótesis, sin perjuicio de las lógicas diferencias terminológicas. De este modo, los artículos 2.1.12 de los Principios Unidroit, 2:210 de los PECL y II.- 4:210 del DCFR<sup>959</sup> son los preceptos que contemplan este específico caso, y -lo que resulta de suma trascendencia para

---

<sup>956</sup> Hemos de destacar que ni la Propuesta de Modernización ni sus precursores aluden a la velocidad exigida para la remisión de la corroboración del contrato concluido en las normas proyectadas. Únicamente hemos encontrado una referencia explícita a la celeridad con que debe ser enviada en los comentarios al artículo 2.1.22 de los Principios Unidroit (op. cit., p. 55), en los que se explica que “La regla conforme a la cual el silencio de la parte que recibe un escrito de confirmación es equiparado a su aceptación del contenido en el escrito, incluyendo cualquier modificación no sustancial de los términos previamente acordados, presupone que dicho escrito de confirmación es enviado «dentro de un plazo razonable con posterioridad» al perfeccionamiento del contrato. Todo documento de este tipo enviado después del plazo que, de acuerdo a las circunstancias, resulte no razonable, carece de valor y el silencio de la parte que recibe no puede ser interpretado en un futuro como aceptación de su contenido”. En la misma dirección, vid. los comentarios al artículo II.- 4:210 del DCFR (op. cit., p. 335), en los que se enumeran los cinco requisitos necesarios para que una confirmación escrita devenga obligatoria para su receptor, y, entre ellos, en cuarto lugar, se recoge la necesidad de que “(4) The confirmation must reach the recipient without undue delay after the negotiations and it must refer to them”.

<sup>957</sup> PERALES VISCASILLAS (“Formación, VVAA Comentario...”, cit., pp. 144 y 145) explica que en Alemania, Austria y Suiza existe un uso aplicable a los comerciantes, en cuya virtud el silencio ante una carta de confirmación que altere los términos acordados implica la aceptación de tales modificaciones, con independencia de que sean sustanciales o no. Para la Propuesta de Modernización del Código Civil y sus antecesores, el silencio sólo equivaldrá a la aceptación de las modificaciones irrelevantes.

<sup>958</sup> LANDO y BEALE (op. cit., pp. 261 a 263) explican que, en la mayoría de los países del *Civil Law*, el silencio ante una confirmación escrita o ante una comunicación que modifique los términos del contrato sólo se considera aceptación si así se deriva de los usos y las prácticas de las partes, o cuando así deba interpretarse conforme a las exigencias de la buena fe.

<sup>959</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, op. cit., p. 122.

nuestra investigación-, coinciden en la solución conferida al mismo, que, a su vez, también es la preconizada por la Propuesta de Modernización del Código Civil.

Sin embargo, si profundizamos en el análisis de las normas mencionadas, es indudable que existe una mayor cercanía entre las que se contienen en los PECL, el DCFR y la citada Propuesta de Modernización, que con relación a los Principios Unidroit<sup>960</sup>. El texto romano no restringe la aplicación de esta hipótesis a los acuerdos contractuales que se alcancen entre profesionales o comerciantes; de hecho tampoco se hace alusión a esta limitación personal en los comentarios realizados a la norma proyectada<sup>961</sup>. No encontramos una explicación plausible a esta discordancia, y podemos constatar que se ha mantenido la misma redacción en las versiones posteriores a la publicación de los demás instrumentos internacionales citados, por lo que parece que no se quiere circunscribir este supuesto a ningún ámbito subjetivo específico<sup>962</sup>.

Por otro lado, hemos de resaltar que los comentaristas de los Principios Unidroit aclaran que esta figura no engloba el supuesto en el que el interviniente que envía la convalidación escrita con posterioridad a la celebración del contrato solicita, a su vez, la conformidad con los términos comprendidos en dicha comunicación por parte del receptor de la misma, por cuanto, en tal caso, las desviaciones, sean sustanciales o no, habrán de ser aceptadas por la contraparte. Asimismo, también se advierte que el significado de la corroboración por escrito puede debe ser amplio, y, por tanto, podrá abarcar, siempre que así se desprenda de los usos del sector y/o del país en cuestión, facturas u otros documentos relativos

---

<sup>960</sup> Sin embargo, LANDO y BEALE (op. cit., pp. 261 a 263) reconocen que se corresponde con el artículo 2.1.12 de los Principios Unidroit. Asimismo, explican que es un supuesto frecuente en los Derechos nórdicos y en Alemania.

<sup>961</sup> Por su parte, la Propuesta de Modernización del Código Civil se refiere a los comerciantes o profesionales en el ámbito de su común actividad, mientras que los PECL y el DCFR sencillamente aluden, respectivamente, a profesionales y empresarios. Pese a que no logramos entender el significado de dicho matiz, no creemos que se desprenda ninguna consecuencia relevante. Por el contrario, el DCFR refuerza los límites del entorno en que se despliega la eficacia de este supuesto, por cuanto, en los comentarios realizados al precepto que estamos analizando (op. cit., p. 335), se indica que el primer requisito para que una corroboración por escrito pueda vincular a su destinatario es que “(1) The rule only operates between persons operating in their business capacity, as distinguished from relationships between professionals and consumers or between private individuals”.

<sup>962</sup> A nuestro modo de ver, puede obedecer a que los redactores creyeron que este supuesto encuentra tantas similitudes con la aceptación modificativa que resulta difícil distinguirlas, y, por tanto, como en esa hipótesis, no vislumbran una razón que justifique la necesidad de limitarlo a las relaciones entre comerciantes o profesionales. Vid. los comentarios al artículo 2.1.22 (op. cit., pp. 53 y 54), en los que se explica que “En teoría, esta situación se diferencia claramente de la prevista en el Art. 2.1.11 en que el contrato aún no ha sido perfeccionado y los términos que son modificados se encuentran en la pretendida aceptación del destinatario. Sin embargo, dado que en la práctica puede resultar muy difícil, si no imposible, distinguir entre estas dos situaciones, este artículo adopta con respecto a los términos modificados que se incluyen en una confirmación por escrito, el mismo criterio que el adoptado en el Art. 2.1.11”. Por el contrario, en los comentarios al artículo II.- 4:208 del DCFR (op. cit., p. 325) se distingue claramente entre ambas figuras: “A reference in a typed or hand-written reply to the offeree’s standard terms which contain terms which materially alter the terms of the contract is covered by the present Article when the offeror has not made any reference to standard terms. If the offeror has referred to standard terms, the case is covered by the following Article on conflicting standard terms (the battle of the forms) even though the reference is made in a handwritten or typed letter”.

al cumplimiento, donde, al menos mínimamente, se describan los términos del contrato celebrado<sup>963</sup>.

Por último, hemos de mostrar nuestro reconocimiento al esfuerzo realizado por los redactores del precepto contenido en el DCFR, por cuanto la diferencia más notable respecto del texto que se configura como su constante referente se proyecta sobre la forma que puede revestir la corroboración del contrato ultimado o sobre la vía a través de la cual se puede exteriorizar la misma. En este sentido, no alude a una confirmación “escrita”, sino a una “*forma textual en soporte duradero*”, en consonancia con los nuevos métodos técnicos<sup>964</sup>. Aun cuando, a primera vista, parece que no cabe atribuirle mayor importancia que la de ser una precisión de carácter instrumental, sin embargo, debido a las reticencias que, incomprensiblemente, siguen despertando las denominadas nuevas tecnologías, la valoramos como un completo acierto.

---

<sup>963</sup> Vid. los comentarios realizados al precepto 2.1.12 de los Principios Unidroit, op. cit., pp. 53 y 54.

<sup>964</sup> Para averiguar el significado de la expresión “*forma textual en soporte duradero*”, debemos acudir al artículo I.- 1:106 (2) y (3) del DCFR (op. cit., pp. 103 y 104), cuyos conceptos coinciden con los recogidos en el Listado de Definiciones previo a los diferentes Libros del DCFR. Según VALPUESTA GASTAMINZA (op. cit., pp. 89 y 95 a 96), hubiese sido más lógico incluir las descripciones, como la que estamos examinando, en el anexo del DCFR. En cualquier caso, según el precepto invocado, “*forma textual*” se refiere a un texto que se expresa en caracteres alfabéticos u otros inteligibles por medio de un soporte que permite la lectura, el registro de la información contenida en el texto y su reproducción en una forma tangible. “*Soporte duradero*” es cualquier material en el que se almacena la información de modo que sea accesible para una futura consulta durante un periodo de tiempo adecuado a los propósitos de la información, y que permite la reproducción sin cambios de esta información.

## CAPÍTULO QUINTO

### UNA CUESTIÓN COMÚN A LA OFERTA Y A LA ACEPTACIÓN:

#### SU SUSTANTIVIDAD

##### I. PLANTEAMIENTO

El artículo 1.256 de la Propuesta de Modernización del Código Civil sienta una regla general que, aunque suponga adelantar un corolario propio del final del estudio de cualquier institución, hemos considerado más conveniente anunciar desde este momento que implica la elección de la posición más innovadora en su ámbito. De este modo, se aparta de la doctrina tradicional imperante tanto en nuestro país como en los sistemas jurídicos de nuestro entorno, y, por tanto, con los que compartimos valores y normas similares –órbita romanista del *Civil Law*-, e incluso de algunos que, *a priori*, se mueven en otra escala de principios -*Common Law*-<sup>965</sup>. No obstante, tal y como hemos apuntado en varios temas que hemos examinado anteriormente, con relación a los ordenamientos jurídicos alejados del nuestro hemos constatado que un detenido estudio revela numerosas semejanzas, bien a nivel de la *ratio* de las normas o de las soluciones apuntadas por los eruditos, bien por la similitud de las consecuencias que se desprenden de las mismas.

Sin embargo, nuestro aserto no significa que la citada Propuesta de Modernización adopte una postura exclusiva y única, sino que se encuentra más próxima a las corrientes doctrinales predominantes y a las previsiones legislativas que, respectivamente, respetan e incorporan un grupo de países que, como hemos tenido ocasión de comprobar, nuestro proyecto de reforma parcial del Código Civil no ha observado como modelo. En concreto, la Propuesta de Modernización del Código Civil entiende que ni la muerte ni la incapacidad sobrevenida de uno de los intervinientes en el proceso de la génesis contractual afectan a la subsistencia de la oferta o de la aceptación intercambiadas durante el mismo, así como tampoco la extinción de las facultades representativas de quien emite cualquiera de esas declaraciones de voluntad repercute en los efectos que pueden desplegar<sup>966</sup>.

---

<sup>965</sup> Artículo 1.256: “Ni la oferta ni la aceptación pierden su eficacia por la muerte o por la incapacidad sobrevenida de una de las partes ni tampoco por la extinción de las facultades representativas de quien las hizo. Se exceptúan los casos en que resulte lo contrario de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias”.

<sup>966</sup> En nuestra opinión, no creemos que se requiera una declaración judicial de incapacidad, dado que la propia dicción del precepto que estamos analizando utiliza la expresión “incapacidad sobrevenida” cuando, sin problema alguno, podía haberse referido a la incapacitación, como en el artículo 1.293, al enumerar las causas de extinción de la representación. Sin embargo, hemos de hacer notar que, por un lado, nos parece la respuesta más lógica en esta situación, dado que un proceso judicial de incapacitación implica el transcurso de un periodo temporal que, probablemente, exceda de aquel del que disponga el eventual aceptante para prestar su aquiescencia, y, en resumen, del tiempo que abarque todo el proceso



Sin perjuicio de la máxima anterior -y, como concluiremos posteriormente, con buen criterio-, los redactores de la Propuesta de Modernización consideran que debe exceptuarse su aplicación cuando pueda inferirse de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias que la proposición contractual primigenia, o la conformidad expresada por el destinatario de aquélla, han perdido su virtualidad a consecuencia de la producción de cualquiera de los tres eventos descritos. Tal y como tendremos ocasión de contrastar a continuación, creemos acertado evidenciar que, en nuestra opinión, la dicción de la citada Propuesta de Modernización asume una perspectiva más amplia que la defendida por los expertos y la adoptada por los cuerpos legislativos que han regulado esta materia, y que, a nuestro modo de ver, juzgamos correcta y adecuada.

## **II. CORRIENTES DOCTRINALES: TRADICIONAL E INNOVADORA**

De acuerdo con los diversos especialistas que han abordado este espinoso tema, ya sea en el plano nacional como en el Derecho comparado, podemos identificar el supuesto de hecho de la norma aludida con la problemática surgida desde tiempo inmemorial que, de forma clásica, se ha venido denominando la *autonomía o sustantividad de la oferta*<sup>967</sup>. Igualmente, esta nomenclatura también nos ayuda a constatar que el citado examen se ha circunscrito a la figura de la propuesta inicial, y que se ha obviado el estudio de la respuesta del destinatario, por lo que serán escasas las aportaciones doctrinales que podremos ofrecer sobre esa cuestión<sup>968</sup>. En este sentido, hemos de aclarar que, si bien cierto sector doctrinal expande sus conclusiones a la declaración de conformidad, a nuestro modo de ver se realiza sin la debida profundización.

En cuanto a la hipótesis de la extinción de las facultades representativas del emisor de cualquiera de las dos prototípicas exteriorizaciones de la voluntad contractual, constituye una completa novedad, incluso con relación a los desacostumbrados arquetipos en los que parece apoyarse la Propuesta de Modernización en esta ocasión. Por consiguiente, y también de forma coherente con

---

contractual. Por otro lado, deberá existir un tercero independiente que corrobore el estado del declarante para destruir las posibles dudas sobre el mismo, a cuyo efecto entendemos que podría resultar suficiente una constatación médica.

<sup>967</sup> Hemos de recordar que se deben distinguir las problemáticas de la sustantividad de la oferta y de la fuerza vinculante de dicha manifestación de voluntad, aun cuando sean afines. La primera pretende resolver la incógnita de si la proposición inicial debe extinguirse o subsistir en caso de que su autor muera o devenga incapaz, mientras que la segunda se plantea si el declarante puede o no revocar su oferta en cualquier momento. En este sentido, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, op. cit., pp. 262 y 263. Sin embargo, FERRÁNDIZ GABRIEL (*“Perfección, sustantividad, ...”*, cit., p. 110) entiende por sustantividad la independencia de la declaración respecto al declarante que la emite, y distingue entre la de primer grado, o débil, y la de segundo grado, más fuerte o intensa. La primera se relaciona con la muerte o incapacidad del emisor de la manifestación de voluntad, y la segunda con los cambios posteriores de la intención de aquél, es decir, con la revocación.

<sup>968</sup> MORENO QUESADA (*“La oferta de...”*, cit., pp. 93 a 121) dedica el Capítulo III de su obra al análisis de la «autonomía» de la oferta, y expone con profundidad todas las posiciones doctrinales expuestas sobre la materia en la época, así como las escasas previsiones legislativas existentes. Asimismo, su estudio constituye la base para los expertos más reputados que, con posterioridad, han abordado este tema, por lo que el citado autor será una referencia constante en nuestro análisis.

las principales preocupaciones que guían nuestro trabajo, centraremos nuestra atención en la revisión de este fenómeno, origen de distintas disquisiciones doctrinales –aunque haya encontrado cobertura legal en ciertos ordenamientos- con relación a las dos manifestaciones de voluntad que, habitualmente, conducen a la conclusión de un contrato. No obstante, tal y como hemos avanzado, nos hemos encontrado con muchas limitaciones en la búsqueda de sustento doctrinal respecto de la contestación del receptor de la propuesta inicial, por lo que nos hemos visto abocados a volcar nuestros esfuerzos, fundamentalmente, en la figura de la oferta.

En nuestra opinión, la práctica ausencia total de regulación de la etapa de formación del contrato ha provocado que la doctrina haya tenido que afrontar una vez más en solitario esta materia, cuya repercusión práctica es evidente<sup>969</sup>: afirmación o negación del nacimiento de los contratos en fase embrionaria en el momento en el que el ofertante –o eventual aceptante- fallece, deviene incapaz o deja de ostentar las facultades representativas que ampararían su actuación<sup>970</sup>. No podemos extrañarnos que, en esta tesitura, los expertos hayan sugerido diferentes alternativas, la primera de las cuales calificamos como corriente tradicional, aunque no todos los autores recurran a los mismos argumentos, y, en épocas más recientes, se observa claramente una evolución hacia una postura que se califica como moderna y que, como se desprenderá de nuestro análisis, se acomoda a la filosofía que preside la Propuesta de Modernización del Código Civil.

## **1. TESIS TRADICIONAL: NEGACIÓN DE LA SUSTANTIVIDAD**

### **a. ARGUMENTOS A FAVOR**

La tendencia mayoritaria rechaza la autonomía de la oferta, de forma que si el autor de la proposición primitiva fenece o se ve sumido en un estado de incapacidad durante el lapso temporal que transcurre desde que hubiera exteriorizado su proposición hasta la consecución de un acuerdo de carácter contractual, la primera declaración formulada se extingue<sup>971</sup>. Los autores que apoyan esta visión arguyen, en primer lugar, que la oferta –y algunos autores lo extienden a la aceptación<sup>972</sup>- se encuentra totalmente supeditada o vinculada al

---

<sup>969</sup> La jurisprudencia en España sólo se ha pronunciado en una ocasión, en concreto, en la paradigmática STS, Sala de lo Civil, 23 marzo 1988, pero han surgido numerosas discusiones sobre el acierto del desenlace final y acerca de las argumentaciones jurídicas utilizadas.

<sup>970</sup> MORENO QUESADA, “*La oferta de...*”, cit., pp. 94 *fine* y 95.

<sup>971</sup> ALBALADEJO GARCÍA, “*Derecho ...*”, cit., p. 388.

<sup>972</sup> SCALS PELLICER (“*Aceptación*” (Dº Civil), *NEJ*, Seix, Barcelona, 1950, p. 231) expone una serie de argumentos en favor de la falta de sustantividad de ambas declaraciones de voluntad. En primer lugar, se indica que la aceptación ha de tener lugar viviendo las dos partes, y no después de la muerte de alguna de ellas; por lo que si acontece el óbito del proponente antes de que el otro la haya aceptado, no quedarán obligados sus sucesores, aunque después recaiga la aceptación. De la misma forma, si fallece el destinatario de la oferta antes de aceptarla, tampoco tendrán derecho sus sucesores a prestar su asentimiento ni a reclamar lo ofrecido. La razón es la misma en los dos casos expuestos, y radica en que no existirá un verdadero contrato, sino sólo un proyecto, dado que no han concurrido al mismo tiempo la voluntad de ambas partes, y no habrán podido transmitir a sus descendientes obligaciones ni derechos que ellas no llegaron a adquirir.

destino que corra el emisor de la misma. De esta forma, si el proponente inicial se ve afectado por alguna de las dos circunstancias señaladas, que conllevan, respectivamente, la ineptitud o la imposibilidad para continuar el proceso contractual que inició –o para finalizarlo, en el caso de eventual aceptante–, la manifestación de voluntad que formuló habrá perdido el soporte que permite sostener su validez y vigencia, y, por tanto, debe perecer inexcusablemente.

En esta línea, se asegura que el deceso o la pérdida de capacidad por el oferente impiden la necesaria permanencia de su voluntad contractual, por lo que no podrá lograrse el consentimiento imprescindible para culminar la perfección del contrato<sup>973</sup>. A mayor abundamiento, se insiste en que las resoluciones que los intervinientes deben adoptar durante el curso de las negociaciones, e incluso la decisión final sobre la constitución del acuerdo que vinculará obligatoriamente a los intervinientes, revisten un carácter personalísimo. Asimismo, también se alude a la necesidad de que coexista la voluntad de los participantes en la formación del contrato en el instante en que se culmine la misma, lo que, implícitamente, supone que deberá predicarse dicha concomitancia durante las fases previas. Es evidente que ninguno de los requerimientos descritos puede concurrir si fallece alguno de los intervinientes o deviene incapaz.

Un segundo argumento estriba en que una mera oferta sobre la que no ha recaído aceptación no puede ser objeto de sucesión por los herederos del ofertante, ya que, al no haberse concluido el contrato en el momento del fallecimiento de aquél o cuando deviene incapaz, no han nacido derechos ni obligaciones susceptibles de transmisión *mortis causa*<sup>974</sup>. Igualmente, se alega que, aun cuando el contrato no

---

<sup>973</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 179) exponen que los valedores de la teoría tradicional en esta materia se apoyan, entre otros, en el argumento expuesto en el texto de nuestra investigación. Vamos a reproducir las palabras de los autores mencionados debido a su precisión y exactitud: “Las declaraciones de voluntad guardan una absoluta dependencia respecto de la persona que las emite, y corren su misma suerte si, antes de haberse transformado en elemento integrador del contrato desaparece su voluntad eficaz por muerte o incapacidad sobrevenida. La perfección del contrato requiere la persistencia y coexistencia de las voluntades de las dos partes hasta el momento de la formación del mismo, por lo cual, si antes de haberse concluido acontece la incapacidad o muerte de una de las dos partes, no sólo no se da la persistencia de la voluntad, sino que éste habrá desaparecido al faltar material y jurídicamente el sujeto”.

<sup>974</sup> SCAEVOLA (op. cit., p. 663) opina que, de acuerdo con el Código Civil español, no es posible defender la transmisibilidad de la oferta a los herederos del proponente, y que tales sucesores no vendrán obligados a cumplirla. Asimismo, desarrolla el aserto anterior mediante una explicación que vamos a reproducir fielmente, dado que la misma ha alcanzado la consideración de paradigmática, y se cita por todos aquellos autores patrios que dedican su atención a esta materia: “Lo que ata y liga es lo bilateral, el acuerdo de voluntades; lo unilateral es personal, y, por consecuencia, intransmisible. Habiendo muerto la persona a quien se hizo la oferta sin cumplir lo dispuesto en el Código, sin expresar su consentimiento, no se perfeccionó el contrato, y no hubo derechos y obligaciones que transmitir. Y lo mismo en el caso de muerte de la persona a quien se hizo la oferta sin aceptarla. Por el mero hecho de su óbito queda desligado el proponente, y los herederos de dicha persona no pueden obligar a éste a la perfección del contrato, puesto que su causante no adquirió derecho alguno. La adquisición de derechos y la sujeción de obligaciones es coetánea y consustancial a la notificación de aceptarse la oferta, y el que de ellos (proponente y aceptante) muera antes de tal momento, como nada ha adquirido ni a nada se ha obligado, nada transmite a sus sucesores. La transmisibilidad es consustancial de la perfección del contrato, consistente en el mutuo consentimiento”. En nuestra opinión, además de destacar la postura del civilista citado en cuanto al razonamiento al que aludimos en el texto de nuestra investigación, tal y como hacen los especialistas posteriores, creemos que también se debe poner de relieve que aquél niega tanto la transmisibilidad activa, referida a la proposición inicial, como

revista carácter *intuitu personae*, la consideración de la persona de la contraparte es un factor determinante para la decisión de celebrar el contrato (sobre todo, en los mercantiles). En consecuencia, ninguno de los intervinientes podrá ser sustituido por sus sucesores de forma automática, y sin que los demás participantes en la génesis contractual pueda renunciar a su finalización por haber decaído su interés debido a circunstancias completamente ajenas a su intención inicial. Además, se considera que no existe razón legal que justifique que los herederos se vean obligados a mantener la proposición hecha por su causante, ni a asumir la aquiescencia formulada con posterioridad al fallecimiento o incapacidad de aquél<sup>975</sup>.

Finalmente, se añade un tercer motivo para fundamentar la corriente que comparten la mayoría de los autores, que descansa en el principio general de la revocabilidad de la oferta. De esta manera, si la proposición primitiva subsistiera después de que se produjera el óbito de su autor o con posterioridad a que se viera privado de su capacidad de obrar por causas imprevisibles, la propuesta emitida devendría irrevocable sin una efectiva voluntad en esa dirección, ya que, obviamente, en ninguno de los dos casos descritos el oferente podría ejercitar ese derecho, lo que atenta flagrantemente contra la citada máxima<sup>976</sup>. Asimismo, ciertos partidarios de dicha orientación extienden este razonamiento a la otra declaración que, habitualmente, protagoniza el clásico esquema bilateral mediante el que se originan la mayoría de los convenios contractuales.

Sin embargo, hemos de matizar las explicaciones ofrecidas para justificar la expansión de este argumento a la aceptación, por cuanto, como expusimos al hilo del estudio de la retirada de la oferta, hasta fechas recientes se observa un patente confusiónismo entre dicha figura y la posibilidad que ostenta el emisor de la proposición inicial de retractarse de la misma una vez que la ha recibido –o la ha

---

la pasiva, en cuanto concierne a la aceptación; aspecto que, como ya hemos señalado anteriormente, ha sido objeto de escasa atención por nuestra doctrina.

<sup>975</sup> Se afirma que la STS, Sala de lo Civil, 23 marzo 1988 vino a consolidar la tesis que patrocina la ausencia de autonomía de las declaraciones de voluntad, ya que, en el Fundamento de Derecho 3º expone que “[...] no cabe que los efectos de la oferta sean transmisibles a sus causahabientes, a quienes sólo podría vincular (art. 1257 CC) de haberse perfeccionado el contrato en vida del *de cuius*, pero no al carecer de existencia en el momento de producirse la apertura de la herencia (arts. 659 y 611 del Código Civil)”. Asimismo, en el Fundamento de Derecho 4º de dicho pronunciamiento jurisprudencial se asegura que “[...] mal se pueden transmitir las obligaciones de un contrato consensual que no ha llegado a nacer o de una promesa que ha fenecido por falta de aceptación en tiempo adecuado”. En esta línea, GUILARTE ZAPATERO (op. cit., p. 261), en el comentario que realiza de la sentencia indicada, entiende acertada la postura adoptada por ésta en cuanto a la intransmisibilidad de la oferta a los herederos del causante, y afirma que debe considerarse extinguida si no fue aceptada con anterioridad al fallecimiento del proponente.

<sup>976</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., pp. 88 y 89) enumera los diferentes argumentos en que se apoya la tesis tradicional, y, entre ellos, el que se basa en la conversión de la propuesta contractual en irrevocable al fallecer el ofertante, y considera que este es el único que parece ciertamente convincente. Sin embargo, la citada autora, cuya postura puede incardinarse en la tesis más moderna, entiende que el problema de la revocación –es decir, de la imposibilidad de llevar a cabo dicha retractación– requiere diversas matizaciones, por cuanto no puede afirmarse que exista una correspondencia estricta entre oferta irrevocable y subsistencia de la misma en caso de muerte o incapacidad sobrevenida, ni entre propuesta inicial revocable y caducidad de ésta.

conocido- su destinatario, pero antes de que se perfeccione el contrato –aunque, tal y como explicamos, se ha adelantado el límite máximo para el arrepentimiento del ofertante hasta la expedición de la declaración de conformidad<sup>977</sup>. De esta forma, no se ha analizado apropiadamente la contingencia de la invalidación de la iniciativa contractual antes de que llegue al hipotético aceptante, y se ha rechazado de plano la revocación del asentimiento por su autor cuando, en realidad, los estudiosos se referían a su retirada.

Esa acusada falta de rigor también ha permitido que algunos especialistas aludan a la posibilidad de revocar la aquiescencia del receptor de la primitiva proposición cuando ésta únicamente admite la eventualidad de su retirada. Hemos de recordar que la revocación supone que la declaración de conformidad sea perfecta, y si la aceptación alcanza ese grado de desenvolvimiento, el contrato se habrá perfeccionado, por lo que, lógicamente, no es factible el arrepentimiento posterior por parte del aceptante. No obstante la crítica señalada, en nuestra opinión, la defensa del retiro de las dos declaraciones contractuales prototípicas en la construcción de los contratos debería constituir, según las premisas de sus valedores, una nueva demostración de la inexcusable expiración de las mismas cuando acontece la defunción o la merma de la aptitud de sus creadores. En tales supuestos, queda vedada la contingencia de la retirada para los intervinientes, así como la revocación para el proponente primigenio.

Por lo que atañe exclusivamente a nuestra literatura jurídica, se arguye que no existe ningún precepto en el Código Civil vigente que reconozca sin ningún género de duda la sustantividad de la oferta, y, por el contrario, pueden localizarse algunos preceptos que contribuyen a sostener la tesis opuesta<sup>978</sup>. En este sentido, se aduce que el segundo párrafo del artículo 633 del citado cuerpo legislativo exige que la aceptación de la donación de bienes inmuebles se realice en vida del donante para que surta los correspondientes efectos. Para los partidarios de la tendencia

---

<sup>977</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., p. 1.148 y nota 51 –La Ley–) señala que, con referencia a la oferta, no cabe hablar de revocación en sentido propio, sino que hemos de acudir a los términos retirada o retractación en alusión al acto jurídico que impide la conclusión del proceso formativo del contrato. Sin embargo, apunta que se ha propagado el uso del vocablo revocación en nuestra doctrina y jurisprudencia. De hecho, el citado autor utiliza, indistintamente, las locuciones retirada y revocación en las explicaciones que ofrece sobre la libre revocabilidad de la oferta, postura que defiende. En este sentido, cita a MORENO QUESADA (*“La oferta de ...”*, cit. p. 176) y la definición que éste facilita sobre la revocación de la proposición primitiva, como ejemplo de la indebida generalización de la expresión mencionada, pero entendemos que se trata de una referencia errónea, por cuanto MORENO QUESADA distingue perfectamente entre las figuras apuntadas, para lo que nos remitimos a las explicaciones que proporcionamos al hilo del estudio de la retirada.

<sup>978</sup> ALBALADEJO GARCÍA (*“Derecho ...”*, cit., pp. 185 a 189) distingue entre el problema de la dependencia de la declaración de voluntad con relación a la capacidad de su emisor y el de la posible vinculación de éste antes de la perfección contractual. Por lo que concierne al primero, aduce que no existe ningún texto legal que respalde la máxima de la sustantividad de una manifestación de voluntad antes de que ésta devenga obligatoria. En cuanto al segundo de los argumentos, señala que el artículo 663, n° 2 ejemplifica la invalidez de la exteriorización de la intención contractual por la muerte de su autor ocurrida desde la emisión de la misma y antes de conclusión del contrato. Asimismo, asegura que el precepto mencionado tiene por objeto expresar que, en nuestro Derecho, la regla general es la ausencia de independencia de las declaraciones de voluntad. Con relación a la sujeción que se deriva de una manifestación de voluntad para el emisor de la misma, también afirma que no encuentra apoyo normativo en el Código Civil vigente.

tradicional, dicho precepto proclama la regla general que consagra la falta de autonomía de la oferta, por lo que extienden su aplicación a toda oferta contractual, con independencia de que no se circunscriba al específico supuesto de hecho de la norma mencionada.

Igualmente, también se acude al reiteradamente invocado artículo 1.262 de nuestro Código Civil, dado que exige la conjunción de la voluntad de los futuros contratantes para que se produzca el consentimiento que dé lugar al nacimiento del contrato<sup>979</sup>. De esta manera, se razona que si el citado precepto exige que confluyan la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, debe subsistir la voluntad de los intervinientes desde el inicio de las negociaciones y hasta la conclusión del acuerdo, lo que, obviamente, no cabe sostener en el caso de que cualquiera de los participantes fallezca o devenga incapaz antes de la conclusión del contrato. Por consiguiente, no sólo se niega la producción de cualquier efecto jurídico a las declaraciones contractuales hasta que éstas se perfeccionan, sino que se requiere el mantenimiento de la voluntad contractual y la capacidad para emitirla hasta que el convenio se culmina, a pesar de que, al menos, la propuesta primigenia haya podido alcanzar su plena eficacia<sup>980</sup>.

## **b. CRÍTICAS**

El primer argumento que expusimos en el apartado anterior se resume, según las palabras de un insigne civilista, en la máxima de que donde no hay sujeto, no hay proposición ni voluntad<sup>981</sup>. A pesar de la contundencia de semejante principio, debemos matizar que, si bien nadie puede dudar de su veracidad, por cuanto es prácticamente indiscutible que, como cualquier otro acto jurídico, toda manifestación de voluntad –y no sólo las contractuales–, requiere que un sujeto la exteriorice para su propia existencia, sin embargo no pueden extraerse del mismo

---

<sup>979</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., pp. 1147 y 1148 –La Ley–) asegura que el punto de vista de ALBALADEJO GARCÍA, que respalda la tesis tradicional, ante la ausencia de regulación explícita sobre esta materia, es el que se adecúa en mayor medida con la naturaleza que se atribuye a la oferta como declaración de voluntad, que no goza de autonomía sin la aceptación, y con los principios del sistema de perfección de los contratos en nuestro Código Civil. Por consiguiente, valora justo y convincente el argumento sostenido por el último experto citado, que entiende que en el artículo 1262 del Código Civil se establece que la declaración de voluntad que obliga es la aceptación, dado que, precisamente, con ella nace el contrato. Igualmente, dicho precepto no prevé que la emisión de la oferta obligue a mantenerla al oferente, y como todavía no hay contrato, tal vinculación no podría ser contractual. Además, no se explicaría por qué habría de cargarse sobre el oferente una obligación que no le exige ningún precepto.

<sup>980</sup> No podemos olvidar que, de hecho, uno de los puntos que abonan la problemática de la sustantividad de las declaraciones de voluntad en el ámbito contractual es su carácter recepticio. Vid. MORENO QUESADA, “*La oferta de ...*”, cit., p. 93.

<sup>981</sup> Nos referimos a SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., p. 241) asegura que “La retirada de proposición antes de ser aceptada, puede ser obra de un hecho de la voluntad del proponente, ó de un motivo de Derecho, por la incapacidad ó muerte que le sobreviene después de hecha la proposición, antes de aceptarse, y antes también de retirarse. La razón de justicia es la misma: donde no hay sujeto proponente, no hay proposición, ni voluntad; siendo indudable que los representantes ó herederos de éste, no están obligados á mantener la proposición hecha por su causante, y á pasar por la aceptación posterior á la incapacidad ó á la muerte de aquél. Cualquier acuerdo de voluntades entre aquéllos y el aceptante, será un nuevo contrato que se funde en los orígenes históricos de aquella primitiva proposición, pero no en sus motivos jurídicos”. Hemos reproducido fielmente las palabras de ese reputado especialista porque hemos constatado que se reitera su cita por todos los autores que se han acercado a esta materia.

todas las conclusiones que infieren los partidarios de la tesis tradicional. De esta forma, no resulta tan evidente que ese aserto pueda fundamentar la imperiosa necesidad de que subsista el emisor y, por tanto, su voluntad, hasta que, finalmente, se perfeccione el contrato.

En esta línea, otro ilustre especialista en la materia señala que la alegación anterior implicaría sostener que la iniciativa contractual expresada por el oferente, en tanto en cuanto el eventual aceptante no exteriorice su asentimiento, y aquél no la retire ni la revoque, se está ratificando en todos y cada uno de los momentos que se suceden desde su expedición y hasta que acontezca cualquiera de los eventos mencionados. La consecuencia que el citado experto extrae de la situación descrita es que se extinguiría la propuesta inicial si ésta dejara de reiterarse en un momento dado, con independencia del motivo a que obedeciera, lo que se juzga inaceptable debido al resultado que, en la práctica, acaecería<sup>982</sup>.

A fin de ilustrar la invalidez del desenlace expuesto, el autor indicado propone un desafío, que ha encontrado eco en la doctrina posterior, que nos sitúa en el supuesto de que el proponente inicial padeciera una incapacidad transitoria que le afectara después de expedir su propuesta y antes de que recibiese la correspondiente aquiescencia<sup>983</sup>. De acuerdo con la concepción tradicional que preconiza la falta de autonomía de la oferta respecto de la persona de su emisor, el proponente debería volver a manifestar su intención de contratar, dado que, a causa del estado padecido, aun cuando fuera pasajero, se ha visto desposeído de una efectiva voluntad. Nada obsta al corolario final que se destaque que el oferente recobró su competencia intelectual y volitiva en el instante de la perfección contractual, porque la cuestión gravita sobre la necesidad de insistir nuevamente en la oferta o, por el contrario, si se puede sostener el mantenimiento de su eficacia<sup>984</sup>.

Creemos que, como apunta el prestigioso especialista, sin duda alguna a nadie se le ocurriría exigir la reiteración de dicha proposición, y tampoco el autor de la misma estimaría oportuno comunicar esa circunstancia al hipotético aceptante, ni que, una vez recuperado su sano juicio, se viera obligado a repetir la oferta emitida con anterioridad. La constatación de esa realidad conduce a que se infiera la persistencia de la validez y, en su caso, posterior eficacia de la primitiva propuesta a pesar de que, durante un concreto lapso temporal, no pueda afirmarse la permanencia de su sustento volitivo debido a la pérdida de la capacidad de obrar

---

<sup>982</sup> MORENO QUESADA, “*La oferta de ...*”, cit., pp. 112 y 113.

<sup>983</sup> GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., p. 88, nota 79.

<sup>984</sup> SCALS PELLICER (“*Aceptación*”, cit., p. 502) se afirma que la aceptación también será nula si antes de la misma el oferente perdiese el uso de la razón o quedase comprendido en cualquier otro caso de incapacidad para contratar y obligarse, porque entonces ya no existe ni puede suponerse la concurrencia simultánea de la voluntad o consentimiento de ambas partes. Sin embargo, en el supuesto de que la incapacidad afectase al destinatario, la aquiescencia podrá ser prestada por el tutor nombrado judicialmente.

sufrida por el primigenio proponente. Por consiguiente, la situación acaecida no ha llegado a afectar a la vigencia de la iniciativa contractual del ofertante.

En cuanto a la tesitura en que se encuentran los herederos o representantes del sujeto que manifiesta su intención de contratar y, posteriormente, muere o deviene incapaz, compartimos el rechazo de la obligación de aquéllos de mantener la propuesta formulada por su causante o a la vinculación derivada de la aprobación de la misma por su destinatario. En este sentido, se olvida que, en puridad, no están sujetos a tales compromisos, del mismo modo que tampoco lo estaba el primitivo oferente. La razón es, ciertamente, bastante simple, y sólo hemos de retrotraernos a las explicaciones que ofrecimos al hilo del estudio de la retirada de la oferta y aceptación, así como de la revocabilidad de la primera declaración, según las cuales los autores de ese tipo de manifestaciones de voluntad podrán arrepentirse de haberlas formulado, y, en función del estadio del *iter* contractual, el ofertante podrá optar por uno u otro tipo de retractación<sup>985</sup>.

Por lo que se refiere a la categórica intransmisibilidad de las declaraciones de voluntad contractuales que hayan sido válidamente formuladas, e incluso perfeccionadas en el caso de la proposición inicial, a los descendientes del sujeto que las exterioriza, la discusión se centra en decidir en qué medida sólo cabe incorporar a la masa hereditaria los derechos y obligaciones perfectos, y se deben excluir las coyunturas que, pese a no alcanzar ese grado de desarrollo, pueden conllevar un resultado beneficioso para los herederos. Ante este interrogante, los expertos se encuentran profundamente divididos<sup>986</sup>. Por un lado, los partidarios de la teoría tradicional apuestan decididamente por un significado restringido de la sucesión *mortis causa*, ya que, en resumen, afirman que nada puede transmitir aquél

---

<sup>985</sup> LACRUZ BERDEJO (*Tratado teórico-práctico de Derecho Civil*, T. V, V. 1º, *Derecho de Sucesiones, Parte General*, Bosch, Barcelona, 1961, pp. 117 a 119) defiende la transmisibilidad activa y pasiva de la oferta, pero, en línea con nuestra exposición, ponía de relieve las restricciones que, en la práctica, tendrán los sucesores para poder ejercer el derecho a la revocación de la oferta expedida por el proponente inicial. La razón estriba en las limitaciones temporales con las que se enfrentarán los descendientes para conocer esa propuesta, informarse adecuadamente a fin de valorar la conveniencia de mantenerla o no, y, de que, en su caso, pueda llegar la retractación al eventual aceptante antes de que éste remita su contestación. Asimismo, el citado autor expone que puede surgir un conflicto ente lo que denomina “el interés de la revocabilidad” y “el interés de la responsabilidad por la declaración”, pero, de acuerdo con la responsabilidad casi absoluta -salvo el beneficio de inventario- que nuestro Código Civil impone a los herederos con relación a las deudas del causante, parece adecuado que prime el segundo.

<sup>986</sup> CARRASCO PERERA (op. cit., p. 204) opina que la facultad de aceptar una oferta, al igual que el derecho de delación hereditaria, se transmite con la muerte del destinatario que sea persona física, a menos que la propuesta inicial se configure *intuitu personae*, o que el sucesor no reúna las cualidades oportunas para que cobre sentido la conclusión del contrato. Matiza el autor mencionado que el derecho de prestar la conformidad a la proposición primitiva no puede ser cedido ni embargado, porque no se trata de un activo patrimonial *strictu sensu*, de modo que no se puede obligar al ofertante a celebrar un contrato con quien, en principio, no ha designado. Por el contrario, si el destinatario entra en concurso, el convenio podrá ser concluido por aquél o por los administradores concursales, en función de las limitaciones a la capacidad de obrar del primero que decida el juez.



que nada ha adquirido o que no se ha obligado a nada, dado que no ha llegado a perfeccionarse el convenio entre los intervinientes<sup>987</sup>.

Por otra parte, los detractores de la concepción mayoritaria entienden que la respuesta se debe localizar en los principios que rigen el Derecho sucesorio y no en las reglas que estructuran el Derecho de obligaciones y contratos<sup>988</sup>. Tales principios no limitan el traspaso de las relaciones jurídicas iniciadas por el difunto a sus sucesores, incluidas aquellas que todavía no han generado un compromiso firme, el cual dependía de la voluntad del fallecido. De esta forma, se considera que, en este tipo de relaciones no vinculativas, en especial las de carácter patrimonial -como en la hipótesis de la oferta y aceptación de un contrato-, el beneficiario continúa la voluntad de su predecesor mientras no ejercite el derecho que le asiste a retirarlas o, en su caso, a revocarlas; facultad que, por otra parte, también ostentaba el causante.

Se cierra la defensa de esta contingencia mediante la afirmación de que las trabas que puedan oponer a dicha transferencia sólo pueden provenir de una expresa prohibición normativa o derivarse del total sometimiento de la relación jurídica en cuestión a la vida del *de cuius*, ya sea a causa de la naturaleza intrínseca de aquélla, ya sea mediante un pacto celebrado al efecto<sup>989</sup>. A nuestro modo de ver, no existe ningún inconveniente en extrapolar los razonamientos expuestos a la cesión *inter vivos* de las manifestaciones de voluntad antes de la conclusión del contrato en el supuesto de que el declarante se vea afectado por una incapacidad sobrevenida, pese a que su alegación se circunscribe habitualmente al deceso de aquél. De esta manera, el representante legal o tutor estará legitimado para retirar

---

<sup>987</sup> SCALLS PELLICER (“Aceptación”, cit., p. 501) rechaza que si el oferente muere antes de revocar la oferta emitida, se pueda suponer que los herederos continúan su voluntad, por lo que, si reciben la aceptación, se ultima el contrato, porque admitir esa situación equivaldría a considerar que pueden concluirse contratos entre un vivo y un muerto. Se afirma que el fallecido únicamente manifestó su intención de concluir el acuerdo que le propuso al eventual aceptante, pero ese propósito, al ser inherente a la persona, se extinguió al producirse el deceso de su autor. Además, como el patrimonio del difunto se transmite a sus sucesores en el mismo instante de su defunción, no se les puede privar de ninguno de los bienes que lo componen a causa de la aceptación posterior del destinatario de la propuesta inicial cuyo objeto recaiga sobre cualquier recurso integrante de la masa hereditaria. En la misma medida, carece de sentido sostener que, en caso de que acontezca el deceso del receptor del ofrecimiento contractual –el citado autor se refiere a una promesa-, que sus descendientes están legitimados para efectuar la declaración de conformidad en lugar de su causante, debido a que los herederos le representan y se reputan que son la misma persona. Se opone que los beneficiarios sólo le suceden en los derechos que éste ostentaba al morir, y como éste no tenía ninguno que derivaba de la iniciativa que recibió, dado que sólo puede adquirirlos mediante la aceptación de la misma, no se lo pudo transmitir a sus beneficiarios.

<sup>988</sup> MORENO QUESADA, “La oferta de ...”, cit., pp. 91 y 92.

<sup>989</sup> CARRASCO PERERA (op. cit., pp. 196 y 197) señala que la concepción tradicional que niega la sustantividad de la oferta, según la que se rechaza que tenga suficiente entidad como negocio unilateral como para integrarse del patrimonio transmisible *mortis causa* a los herederos del proponente inicial, cobra pleno sentido con relación a los contratos celebrados por persona físicas, dado que las personas jurídicas no fallecen, y su fundamento se encuentra en las relaciones negociales claramente infungibles e *intuitu personae*. El citado autor reflexiona que el particular puede realizar mediante su propuesta una actuación trascendente en el mercado desde una perspectiva económica, por lo que, en tal caso, no existe razón alguna para rechazar que sus herederos queden vinculados si no revocan la propuesta primigenia antes de que el contrato se perfeccione conforme al artículo 1.262 del Código Civil. Finalmente, este experto entiende que la respuesta a este tradicional dilema dependerá de que el fallecimiento del autor de la iniciativa contractual implique o no la desaparición del motivo o causa del futuro convenio, y que no debemos atender a formalismos dogmáticos.

o revocar la declaración expedida, y, mientras no se ejerza esa potestad, al igual que si no llega a ejercitarse nunca, aquél sustituirá la voluntad del emisor inicial.

En nuestra opinión, tanto los prosélitos de la tesis tradicional como los seguidores de las modernas tendencias en este campo apoyan sin reservas la revocabilidad de la oferta, así como la prerrogativa de su retirada y la de su correlativa respuesta, si bien anudan diferentes efectos al reconocimiento de esas facultades. Los primeros parecen establecer una identificación entre la muerte e incapacidad del autor de una declaración de voluntad contractual y la irrevocabilidad de la misma, por cuanto, lógicamente, si aquél fenece o sufre la pérdida de sus facultades, no podrá o no estará capacitado para revocarla, ni para retirarla, y al sostener igualmente la intransmisibilidad de tales manifestaciones, tampoco podrán hacerlo sus beneficiarios.

En cambio, si admitimos la eventualidad del traspaso de esas declaraciones existentes y válidas, y, a veces, perfectas en el caso de la proposición primigenia, no podrá mantenerse la ineludible conversión de tales manifestaciones en ofrecimientos y respuestas irrevocables porque serán, respectivamente, los herederos y los representantes o tutores los que estarán autorizados para ejercitar la retirada o la revocación de las mismas<sup>990</sup>. Por nuestra parte, hemos llegado al convencimiento de que la pacífica convivencia del principio general de la revocabilidad de la oferta -al que añadimos la contingencia de la retirada de esa propuesta inicial y de la posible conformidad a la misma-, con la eventual obligación de indemnizar al destinatario en caso de que la retractación del emisor de la declaración lesione los intereses del receptor -incluso cuando no se admita la responsabilidad precontractual como categoría- se configura como una nueva reprobación de la tesis tradicional<sup>991</sup>. Además, no afectará a la conclusión expuesta

---

<sup>990</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. (“Incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta antes de la perfección del contrato”, *Indret*, Barcelona, enero 2012) afirma que son imprescindibles dos presupuestos para que nos situemos ante la problemática de la sustantividad de la oferta. El primero conlleva la necesidad de que la oferta haya desplegado su eficacia, porque sólo a partir de que alcance ese estadio es posible discutir acerca de la hipotética autonomía de la proposición inicial respecto de su autor. La citada autora señala que el carácter recepticio de dicha declaración contractual se configura como esencial tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y que, como consecuencia del mismo, hay que situar el inicio de los efectos jurídicos de tal propuesta en el momento en que llega al círculo de intereses de su destinatario. El segundo exige que el óbito del ofertante acontezca antes de la perfección del contrato, lo que incluye tanto la posibilidad de que tal deceso ocurra antes de la emisión del asentimiento, como que acaezca después de la exteriorización de tal manifestación, pero cuando ésta no haya alcanzado todavía al eventual aceptante -o, en su caso, no la haya conocido-. En la misma línea, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS (op. cit., p. 621) expone que la oferta se debe encontrar en la esfera del teórico receptor de la misma, con independencia de que haya formulado su contestación, ya que, en caso contrario, la defunción del proponente inicial extingue su declaración contractual al no haber quedado vinculado aquél a causa de la recepción de esa manifestación por el destinatario. A nuestro modo de ver, las opiniones de ambos autores no son acertadas, dado que, en puridad, exigen que la oferta se haya perfeccionado para que se pueda plantear la problemática de la incidencia que sobre la misma pueden ostentar las vicisitudes que afecten a la persona de su autor. Por nuestra parte, no creemos que haya razón alguna que justifique dicha limitación, y que tal incertidumbre nace desde el momento en que la manifestación se expide y sale del ámbito de control de su autor. Asimismo, tampoco hemos observado que otras aportaciones doctrinales exijan el condicionamiento expuesto.

<sup>991</sup> MORENO QUESADA (“La oferta de ...”, p. 112) describe que la oferta puede alcanzar un cierto grado de objetividad, dado que la recepción de la misma por su destinatario influye de manera directa en la esfera jurídica de éste, al cual se le

el hecho de que la anulación recaiga sobre una manifestación de voluntad perfeccionada o que se elimine antes de alcanzar su plena eficacia.

De esta manera, frente a la libertad que se ha venido atribuyendo con carácter absoluto al proponente inicial de arrepentirse del ofrecimiento contractual formulado, expedido y recibido –y, en su caso, conocido– por el destinatario de la misma, es decir, de una manifestación de voluntad perfecta, se opone que, en ocasiones, aquél deberá reparar los posibles perjuicios que ese comportamiento hubiera podido causar al hipotético aceptante, ya se justifique por la frustración de las expectativas que se han podido generar, ya obedezca a la supresión de un eventual derecho potestativo a asentir. Por consiguiente, habrá que concluirse que la regla general de la revocabilidad ha dejado de ser una máxima categórica, y que, por tanto, no puede sustentar un nuevo axioma omnímodo que consagre la dependencia de las declaraciones de voluntad de las vicisitudes que afecten a sus autores.

Igualmente, tampoco cabe sostener la identificación de la irrevocabilidad de la proposición inicial con la subsistencia de tal manifestación, pese a las contingencias que puedan afectar al ofertante, como la muerte o la incapacidad sobrevenida, y que, respectivamente, suponen la supresión de la voluntad que la emitió o la inhabilitación de la misma. En este supuesto, como veremos en el siguiente apartado, nos encontramos con una excepción a la proclamada falta de autonomía de la oferta, y a la exigencia de la persistencia de la voluntad del emisor de tal declaración, en la medida en que la intención del proponente inicial parece haber quedado firmemente asentada mediante el compromiso adquirido de mantener la vigencia de la propuesta inicial durante un determinado plazo de tiempo.

Sin embargo, la doctrina considera que este principio tampoco es inmutable, y que surgirán situaciones en la práctica en las que no podrá defenderse la permanencia de la primera declaración contractual<sup>992</sup>. En este sentido, parece

---

presenta una oportunidad de crear un vínculo jurídico mediante su sola aceptación. Por consiguiente, aunque subsista la eventualidad de invalidarla, no puede dudarse que esa proposición ha llegado a tener una vida relativamente independiente de las acciones personales del emisor desde el momento en que su existencia y posterior desaparición puede justificar la obligación de indemnizar al hipotético aceptante debido a los daños y perjuicios que se le hayan irrogado. En la misma dirección, LALAGUNA DOMINGUEZ (op. cit., p. 1148 –La Ley–) expone que la excepción admitida frente a la máxima de la ausencia de autonomía de la exteriorización de la voluntad dirigida a la conclusión de un contrato, referida a que su autor sea un empresario y dicha manifestación corresponda al círculo de operaciones de la empresa, origina una situación objetiva para la sociedad o el negocio que ha de permanecer, con independencia de las contingencias personales que lleguen a aquejar al proponente.

<sup>992</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 96) explica que la puntualización doctrinal expuesta tiene su origen en el Código Civil italiano, el cual consagra la regla general tradicional, pero exceptúa los supuestos de las ofertas irrevocables y las formuladas por un empresario en el ámbito de su empresa. Sin embargo, tampoco esas dos excepciones son absolutas, dado que el citado cuerpo legal excluye su aplicación cuando semejante resultado sea contrario a la naturaleza del negocio o se derive de otras circunstancias.

evidente que carece de toda lógica sostener la viabilidad de aquella cuando supondría, en caso de concluirse el contrato, la realización de prestaciones personalísimas por parte del oferente, lo que devendrá imposible si éste fallece o se torna incapaz. Asimismo, también se opina que resulta inconsistente apoyar la continuidad de la primitiva propuesta cuando la obligación que asumiría su receptor únicamente poseería utilidad o provecho para el contratante que tomó la iniciativa, y que, por motivos ajenos a su voluntad, no podrá recibirla o disfrutarla. En resumen, se concluye que ha de proceder al análisis particularizado de las diferentes hipótesis, a fin de examinar los intereses en juego y valorar cuál es el más necesitado o merecedor de protección, y se rechaza el recurso a presuntos principios dogmáticos que no encuentran refrendo legal<sup>993</sup>.

Por otro lado, ciertos autores se han planteado la conveniencia, casi necesidad, de distinguir las consecuencias que provoca el deceso del declarante de las que se anudan a la pérdida de sus facultades intelectuales y volitivas, dado que no se pueden equiparar los efectos jurídicos de ambos sucesos. La premisa distintiva de esta posición doctrinal radica en que los vicios de los que pueda adolecer la voluntad de uno de los intervinientes en el proceso de formación de un contrato deben referirse al momento en que el futuro contratante emite su declaración. De este modo, una vez que éste exterioriza su intención de contratar, cabe apreciar un cierto grado de independencia de dicha manifestación con relación a la persona de su autor, y a los acontecimientos que lleguen a afectar al mismo, aunque persista una cierta ligazón a causa del derecho de revocación del que goza aquél<sup>994</sup>. En consecuencia, la incapacidad que sobrevenga al proponente inicial después de haber formulado su propuesta no puede influir en la subsistencia o extinción de ésta, porque cuando la enunció disfrutaba de todas sus facultades, y siempre que su destinatario ignore dicha circunstancia.

Por otro lado, y en cuanto atañe a nuestro ordenamiento jurídico, no se impide la válida constitución del contrato en el que uno de los sujetos se ve aquejado por una contingencia que afecta a su voluntad a la hora de emitir la misma, y nos referimos a los denominados vicios de la voluntad. Según el artículo 1.265 del

---

<sup>993</sup> GONZÁLEZ GOZALO ("*La formación ...*", cit., p. 691) asegura que no podemos localizar en el ordenamiento español suficientes argumentos para formular una regla general sobre la expiración o no de la oferta a causa del fallecimiento de su autor, por lo que, inevitablemente, la solución debe adecuarse a cada caso. Igualmente, considera que la conclusión anterior es totalmente lógica en la medida en que lo que se trata de resolver es un conflicto de intereses, por un lado, el de los herederos de no quedar vinculados por las propuestas formuladas por su causante y pendientes de aceptación, y, por otro, el del destinatario de que se proteja la posibilidad de prestar su conformidad.

<sup>994</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 181) citan al autor italiano BARASSI (*La notificazioni neccesarie nelle dichahazioni stragiudiziali*, Milano, 1906, pp. 168 y ss) como exponente de la solución intermedia entre la tesis tradicional y la moderna. Este autor entiende que no se puede predicar la misma solución en los casos en el oferente fallezca o le sobrevenga la incapacidad después de emitir su declaración. En el segundo supuesto, el instante decisivo para apreciar ese vicio que afecta a su voluntad es el de su emisión, y, por tanto, no perjudicará al destinatario que razonablemente la ignore. En cambio, la defunción del proponente inicial conlleva la desaparición de su propuesta porque no se puede transmitir un negocio incompleto, y, además, porque no se le puede aplicar el concepto de sucesión.

vigente Código Civil, tales defectos se concretan en el error que pueda sufrir cualquiera de los intervinientes, la violencia, intimidación o dolo que se pueda ejercer sobre los mismos. En estos casos, el contrato se perfecciona, aunque sujeto a la eventualidad de su anulación. Por otro lado, el artículo 1.263 establece que los incapacitados no podrán prestar válidamente su consentimiento, pero el artículo 1.301 equipara los contratos celebrados por aquéllos con los convenios alcanzados pese a concurrir un defecto invalidante, en el sentido de que también posibilita su terminación<sup>995</sup>.

Por consiguiente, no vemos ningún obstáculo jurídico que resulte insalvable para argüir que la oferta expresada por un sujeto que devenga incapaz con posterioridad a su formulación y expedición pueda conducir a la conclusión de un contrato, aunque pueda ser extinguido posteriormente, cuando nuestro Código Civil permite que celebre contratos, si bien sujetos al posible ejercicio de una acción de anulación<sup>996</sup>. De la misma forma, podemos inferir de la regulación expuesta que, en el caso de propuestas iniciales en las que intención del declarante se viera afectada por una carencia de genuina voluntad contractual con motivo de la presencia de una anomalía en su formación, también se admitiría la conclusión del contrato, aun cuando estuviera expuesto a su ulterior invalidación. Consideramos que este corolario refuerza nuestro primer aserto, por cuanto el ofertante sufre la limitación o desaparición de sus facultades con posterioridad a la emisión de su proposición. Por último, nada obsta a la extensión de estas reflexiones a las restantes declaraciones que surjan durante el proceso de formación del contrato<sup>997</sup>.

---

<sup>995</sup> DÍEZ-PICAZO (*“La formación ...”*, cit., pp. 10 y 11) analiza que la validez de la oferta requiere los mismos presupuestos que resultan de aplicación general a todo negocio jurídico y, en particular, a los contratos: capacidad y voluntad libre. Nuestro ilustre civilista asegura, acertadamente, que la falta de capacidad y los vicios de la voluntad provocarán la anulabilidad del contrato, lo que implica que habrá recaído la aceptación. Asimismo, asegura que si los defectos mencionados fueron conocidos por el eventual aceptante, no existe ninguna razón para que se le confiera una protección especial, sin embargo, si los ignoraba, deben seguir rigiendo las normas sobre la nulidad relativa de los contratos.

<sup>996</sup> CUADRADO PÉREZ (*“Oferta, aceptación, ...”*, cit., pp. 147 y 148) expone acertadamente que, en caso de incapacidad sobrevenida del oferente, resulta más acorde con nuestro ordenamiento defender la anulabilidad del contrato y no impedir su formación al negar la sustantividad de la oferta formulada por aquél. El citado autor mantiene que, en el caso de un contrato celebrado como consecuencia de una oferta formulada por un incapaz, de acuerdo con los artículos 1.300 y 1.301 del Código Civil vigente, el contrato es anulable –salvo falta absoluta de capacidad– y, por tanto, se entiende perfeccionado. En consecuencia, no se justifica la diferencia de trato cuando la incapacidad sobrevenida se produce después de formulada la oferta y antes de ser aceptada por el destinatario. En la misma dirección, el citado autor en *“La formación ...”*, cit. p. 229.

<sup>997</sup> GONZÁLEZ GOZALO (*“La formación ...”*, cit., p. 691) mantiene, con gran acierto, que la incapacidad sobrevenida al oferente para concluir el contrato proyectado entre la emisión de su propuesta y la perfección del contrato debe calificarse como un problema relativo al momento en que debe valorarse su aptitud para celebrar dicho convenio, y no desde la perspectiva de la vigencia o extinción de la declaración formulada. Continúa afirmando que, a diferencia de lo que sostienen otros autores, la capacidad del oferente debe apreciarse en el instante en que expide su manifestación de voluntad, dado que sale de su ámbito de control. Por consiguiente, si el autor de la iniciativa contractual no gozaba de capacidad de obrar suficiente cuando la remitió, el contrato que se concluya sobre esa base será anulable, pero si disfrutaba de toda su competencia mental y volitiva, entiende que la incapacidad sobrevenida no podrá argüirse para lograr tal resultado, aunque parece que la admite como posibilidad remota. Por el contrario, entiende que no se puede aplicar la misma conclusión cuando el que se ve afectado por la pérdida de sus facultades es el destinatario de la oferta, dado que el problema que debemos discernir se concreta en los efectos que esa situación despliega sobre el ofrecimiento contractual realizado por persona completamente capaz, y no si mantenía su capacidad cuando emitió su declaración. El citado autor considera que,

En cuanto a los argumentos normativos expuestos por los autores nacionales en aras de la defensa de la falta de autonomía de las declaraciones de voluntad respecto de sus autores y de las contingencias que a éstos incumban, comenzaremos por el análisis del apoyo que se extrae del artículo 633, nº 2 del vigente Código Civil, ya que, a nuestro modo de ver, aun cuando ello no signifique que defiendan la sustantividad de las declaraciones de voluntad, la exégesis que se realiza del mismo es claramente forzada. Por un lado, no se demuestra por qué el contenido del citado precepto constituye el principio general en nuestro Derecho y no la excepción. De esta forma, el hecho de que la norma en cuestión exija que, en el supuesto de bienes inmuebles, la aquiescencia del donatario deba producirse en vida del donante para que despliegue su eficacia no permite colegir que dicho requerimiento obedezca al convencimiento de que, en caso de que fallezca el donante, desaparecería el soporte vital que sustentaba la validez y eficacia de la oferta de donación<sup>998</sup>.

Muy al contrario, asumimos la consideración expuesta por algunos expertos que entienden que la citada exigencia responde al carácter personalísimo que reviste la donación, y que, al igual que en los restantes contratos *intuitu personae*, impide que los beneficiarios del que ofrece la donación le sucedan, y puedan asumir válidamente el eventual asentimiento del destinatario. De esta forma, el precepto mencionado se configura como una excepción basada en el principio de la especialidad de las personas de los intervinientes, que conduce a la invocación de una regla especial en el ámbito sucesorio, en virtud de la cual no es factible la subrogación de los herederos en las relaciones jurídicas que dependan exclusivamente de las características propias de los sujetos que las entablan.

Asimismo, hemos de destacar, pese a su obviedad, que la norma únicamente hace referencia a la donación de bienes inmuebles, por lo que resulta inevitable concluir que el axioma genérico es el contemplado para los bienes muebles, de forma que, según el artículo 632, la transmisión no onerosa de la titularidad sobre ese tipo de activos puede llevarse a cabo verbalmente o por escrito, pero sin que se requiera inexcusablemente que la conformidad del donatario deba producirse antes de que fallezca el donante. De hecho, algunos especialistas contraponen que el

---

en aras de la protección del oferente frente a la posible acción de anulación ejercida por el interviniente incapaz que acepte por sí mismo, y no a través de su representante legal, parece preferible defender que la oferta se extingue en ciertos casos. Sin embargo, el inconveniente que presenta esta opinión reside en que no encuentra encaje en nuestro sistema, máxime si ponderamos la indefensión en que se coloca al contratante incapacitado, y tampoco sería de aplicación al eventual aceptante que reúna la condición de empresario. Finalmente, el experto citado concluye que sólo podríamos invocar la expiración de la oferta cuando la incapacidad sobrevinida impide al receptor acometer el cumplimiento de una prestación personalísima.

<sup>998</sup> COCA PAYERAS (op. cit., p. 450) asevera que la extinción de la oferta a causa de la defunción de su autor descansa tanto en el artículo 1.257, nº 1 del vigente Código Civil, como en el artículo 633, nº 2 del mismo cuerpo legal. Según el citado especialista, la primera norma permite deducir que lo que se transmite a los herederos es la cualidad de parte contractual, la cual se ostenta tras la perfección del contrato, pero nunca antes del consentimiento perfeccionador. En cuanto a la segunda disposición invocada, asegura que la previsión es clara y directa: ineficacia de la donación aceptada tras el fallecimiento del donante.

repetido artículo 633, nº 2 responde a la configuración de una singularidad específica aplicable a una clase de liberalidades *inter vivos*, en concreto, las relativas a bienes raíces, con relación al aforismo prácticamente universal que requiere la premoriencia del causante respecto de sus sucesores.

Igualmente, estimamos que este requisito constituye una clara protección de los intereses de los sucesores del donante frente a los abusos que se pueden cometer sobre el caudal hereditario mediante la utilización fraudulenta de la cesión gratuita *inter vivos* de bienes y derechos que, en otro caso, se integrarían en la masa que será objeto de partición y reparto entre los descendientes. Del mismo modo, también se configuraría como un mecanismo de defensa de la atribución patrimonial que les correspondería a los beneficiarios del óbito del causante la imposición de que las liberalidades que éste lleve a cabo en vida se reflejen en escritura pública. Por otro lado, la norma alude a una figura muy concreta, cuya naturaleza contractual ha sido objeto de un intenso debate desde hace siglos, y, actualmente, sigue sin resolverse con la adecuada rotundidad. Por consiguiente, no creemos justificado que se deduzcan conclusiones del artículo examinado que, mediante el simple recurso a la analogía, permitan su aplicación a todo el ámbito contractual<sup>999</sup>.

En cuanto a la búsqueda de amparo en el artículo 1.262 de nuestro Código Civil para la afirmación de la absoluta dependencia de las manifestaciones de voluntad contractuales de los sujetos que las emiten y formulan, así como de los incidentes que afecten a su propia persona o a su capacidad, se rechaza sin paliativos al observarse que la problemática que afronta esa previsión legislativa es diferente de la que pretende sustentarse con la invocación de la misma<sup>1000</sup>. En este tema concreto, se expone que la norma mencionada aborda la consecución del consentimiento contractual, que se logra a través de la concurrencia de la oferta y de la aceptación, y, en todo caso, podría aducirse que también señala el instante en que se perfecciona la contestación del receptor de la proposición inicial. A nuestro juicio, el objetivo que se trazó el legislador decimonónico se centraba en la determinación del momento concreto en que se debe entender concluido todo

---

<sup>999</sup> Cfr. CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación, ...”, cit., pp. 142 a 144.

<sup>1000</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (op. cit., pp. 149 y 150); ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 183) y GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 245) afirman que la disputa sobre la autonomía o no de la declaración de voluntad después de ser emitida no tiene solución general en nuestro Código Civil, y que sería completamente inadecuado inferir una respuesta del artículo 1.262 de dicho cuerpo legislativo, ya que, probablemente, el legislador no tenía en mente esta cuestión en el momento de la redacción de tal precepto. Aseguran los autores indicados que el problema que resuelve la norma invocada es el de la consumación de una declaración de voluntad, y, por tanto, es radicalmente opuesto al de la sustantividad de la misma, por cuanto dicha manifestación existe desde que se expide, y por tanto, se separa de su emisor. Finalmente, los citados autores concluyen que su existencia no puede negarse por el hecho de que la eficacia de la exteriorización de esa voluntad quede pospuesta a un momento posterior por obra de la ley.

contrato, lo que no empece que también pueda inducirse la segunda consideración descrita, por cuanto ambos fenómenos coinciden en el tiempo<sup>1001</sup>.

Sin perjuicio de las reflexiones precedentes, parece indiscutible que las declaraciones de voluntad, y en particular, las que conformarán el contenido de un futuro contrato, alcanzan el estadio superior de su desenvolvimiento según el principio de recepción, lo que también cabe extender a la perfección contractual –o, en todo caso, de acuerdo a la regla de la cognición atenuada, después de la reforma legislativa introducida por la LSSI-. No obstante el reconocimiento anterior, e incluso si se continuara preconizando el criterio del conocimiento, imperante en nuestro ordenamiento hasta el cambio legal señalado, entendemos que el mismo no puede servir para rechazar la sustantividad de tales manifestaciones, por cuanto son dos cuestiones relacionadas, al referirse ambas a las expresiones de la intención de contratar por parte de los intervinientes, pero completamente distintas<sup>1002</sup>.

De este modo, se puede afirmar la existencia de la voluntad de las eventuales partes contratantes desde que éstas la exteriorizan y, además, la remiten a sus respectivos destinatarios, lo que también implica una separación y cierto grado de independencia de dicha manifestación con relación a su autor. En una fase posterior, la concreción de dicha intención contractual logrará alcanzar su perfección una vez que llegue a la contraparte, pero no podremos servirnos de esta circunstancia para negar la realidad de las declaraciones de voluntad formuladas. El dilema, por tanto, se localiza en decidir si admitimos que la proposición inicial no aceptada o el asentimiento que todavía no ha recibido el ofertante pueden producir efectos jurídicos, o nos limitamos a asumir que tales comunicaciones sólo desplegarán su eficacia en el momento en que se perfeccionen en función del criterio imperante<sup>1003</sup>.

---

<sup>1001</sup> Según el estudio realizado por SALVADOR CODERCH y SANTDIUMENGE (*“La influencia del Avant-project ...”*, cit. p. 1943), en relación con el antecedente del artículo 1.262 de nuestro Código Civil, su intención no era reiterar el principio consensual, el cual ya se afirmaba en el artículo 1.101 del *Code civil*, sino establecer cuándo se forma el contrato entre presentes.

<sup>1002</sup> SCALS PELLICER (*“Oferta”*, cit., p. 404) se adhiere a la postura intermedia que representa el Código Civil italiano, al entender que es la más lógica. En este sentido, el autor mencionado parte de la premisa de que la oferta no aceptada no es nada en nuestro Derecho, no llega a establecer ninguna relación jurídica y, además, no impone ninguna obligación al oferente en nuestro ordenamiento jurídico, y, por tanto, concluye que no hay razón alguna que, en cambio, pueda vincular a sus sucesores o representantes legales. Asimismo, entiende que el epílogo expuesto encuentra cierto apoyo en el espíritu del artículo 1.262 de nuestro Código Civil, el cual se refiere a los contratos de formación diferida en el tiempo, cuya perfección se pospone hasta que el proponente inicial conoce la aceptación del destinatario, por lo que si aquél muere o deviene incapaz antes de dicho momento, es obvio que no se culmina el convenio y la oferta resultará totalmente ineficaz, haya sido o no aceptada. Además, añade que no parece que pueda hablarse de la sustantividad de la propuesta inicial cuando el Código Civil exige expresamente el conocimiento de la aceptación por parte del que hizo la oferta, y es indiscutible que ese hecho no puede acontecer en el supuesto del fallecimiento o incapacidad sobrevenida de su autor.

<sup>1003</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., pp. 1147 y 1148 –La Ley-) expone que el sector doctrinal mayoritario considera que la muerte y la incapacidad sobrevenida del ofertante, producidas antes de que recaiga la aceptación, determinan la ineficacia de la propuesta primigenia y, por tanto, la invalidez de la eventual declaración de aceptación hecha por el destinatario frente a los herederos del proponente fallecido o frente al representante legal del que ha devenido incapaz. En este sentido, queremos destacar que dicho autor entiende que este axioma encuentra su respaldo en el hecho de que la oferta no determina ninguna obligación, aunque, mediante cita de Díez-Picazo, observa que esa regla “perfectamente clara” presenta excepciones, y señala dos hipótesis. La primera contempla que la iniciativa contractual se configura con carácter



En opinión de algunos especialistas en la materia, el artículo 1.262 de nuestro Código Civil no pretende solventar esta pugna, pero no excluye que, con anterioridad al nacimiento del consentimiento contractual y, por tanto, con carácter previo a la adquisición de su plena eficacia, esas declaraciones puedan producir determinados efectos jurídicos. Por nuestra parte, defendemos la misma conclusión aun en el supuesto de que el reiterado precepto contemplara expresamente la cuestión, al igual que se contiene en el artículo 1.247, nº 1 de la Propuesta de Modernización del Código Civil con relación a la oferta, y en el artículo 1.250, nº 2 del mismo proyecto legislativo en cuanto a la aceptación. En puridad, el conflicto se circunscribe a la atribución de ciertos efectos jurídicos a tales manifestaciones de la voluntad de los futuros contratantes, pese a que no hayan alcanzado su plena efectividad, y creemos, junto con otros expertos que nos han precedido, que esa tesitura es perfectamente viable<sup>1004</sup>.

Por último, debemos traer a colación las palabras de un reconocido civilista, el cual aludía a que la polémica que estamos analizando se había desplazado hacia un plano excesivamente teórico e ideal, por lo que se había desvirtuado la verdadera esencia de dicha controversia. En esta dirección, dicho estudioso exponía que no debemos seguir investigando acerca de la permanencia de la voluntad expresada por las partes una vez acontece su fallecimiento o sobreviene su incapacidad, ni sobre la sustantividad de las mismas, si bien acotada a determinadas consecuencias. La premisa de la que arranca su tesis consiste en que ambas contingencias son defendibles en el campo de los principios, por lo que el verdadero conflicto estriba en averiguar si las exteriorizaciones de la intención de los participantes en la

---

irrevocable, y la otra valora que el autor de tal ofrecimiento sea un empresario y que el contrato propuesto corresponda al círculo de operaciones de la empresa.

<sup>1004</sup> CASTÁN TOBEÑAS (en la 7ª edic. de la obra citada, pp. 685 y 686) entendía que, aunque no se podía defender con rotundidad la sustantividad de la oferta en nuestro ordenamiento jurídico, ante la imposibilidad de encontrar apoyo en nuestra tradición jurídica, en el Código Civil y en la doctrina patria –la cual no se ha decantado acerca de la admisión de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones–, “[...] debe ser mirada con simpatía dicha solución y que, en último término, no se oponen a ella obstáculos legales tan considerables que una jurisprudencia progresiva no pudiera vencer. Para llegar a ella es fundamental, en efecto, no confundir el problema de la sustantividad de las declaraciones de voluntad con el de la perfección del contrato. Para que nazca un contrato o negocio jurídico bilateral se exige el acuerdo pleno y actual de las voluntades; pero esto no es óbice para que la simple declaración unilateral (recepticia) de voluntad –tanto la que se haga por vía de oferta como la que se emita por vía de aceptación– produzca los efectos anejos a esa declaración de voluntad. Podrían las mismas no ser vinculantes en el sentido de producir una obligación contractual; pero no para que haya graves obstáculos en admitir que en ellas nace una situación jurídica de la que puedan derivarse consecuencias relevantes para el Derecho, tanto en el caso de no revocación (que permite llegar a la formación del contrato), como en el caso de revocación (que puede dar lugar en buena doctrina a una responsabilidad extracontractual a través de la llamada «culpa *in contrahendo*»). Desde luego, no es un valladar infranqueable para la admisión de estas soluciones el artículo 1.262 del Código Civil, que sólo aborda directamente el problema del consentimiento contractual y no excluye que, aun antes de producirse ese consentimiento, la propuesta no aceptada o la aceptación que no haya llegado todavía a conocimiento del oferente puedan producir determinados efectos jurídicos”. Por nuestra parte, no sólo suscribimos completamente las palabras de tan ilustre civilista, sino que creemos necesario poner de relieve la fecha tan temprana en la que alcanzó las conclusiones expuestas. En la misma línea, ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ, op. cit., p. 183.

construcción del contrato que no hayan culminado su desarrollo hasta lograr su completa eficacia se pueden transmitir *mortis causa*<sup>1005</sup>.

En esta dirección, y en conexión con las argumentaciones previamente expuestas, hemos de acudir al artículo 659 del vigente Código Civil, que establece que “*La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no extingan por su muerte*”. En concreto, el autor indicado entiende que se ha de determinar si la iniciativa contractual formulada por el oferente sobre la que no ha recaído la conformidad del eventual aceptante -por lo que no ha alcanzado su perfección-, y si la aquiescencia remitida a aquél pero aún no recibida -y, por tanto, sin culminar su completa efectividad- encuentran encaje en el citado precepto<sup>1006</sup>. Algunos autores admiten que, probablemente, los redactores del Código Civil vigente no pensaban en este tipo de situaciones, si bien, en la actualidad, se conviene que deben incluirse en los conceptos recogidos por la norma mencionada ciertas relaciones jurídicas que consagran situaciones meramente fácticas, *v. gr.* la posesión. De forma paralela, se aduce que la oferta no aceptada -y, en nuestra opinión, la aceptación que no haya llegado al proponente inicial- constituye una posición jurídica de naturaleza patrimonial, y que, por tanto, puede reportar beneficios a los sucesores de los intervinientes, por lo que debe apoyarse su transmisibilidad a éstos<sup>1007</sup>.

### c. EVOLUCIÓN: TERTIUM GENUS

Una inmejorable demostración de la evolución experimentada por la tendencia tradicional en este tema, que consideramos con entidad suficiente para configurar un *tertium genus* o, al menos, para dibujar un puente entre esa teoría mayoritaria y la postura que podemos calificar como innovadora, es el reconocimiento de dos excepciones al axioma general de la extinción de las declaraciones de voluntad de naturaleza contractual una vez que acontece la muerte o la imprevista incapacidad de sus autores, y, lógicamente, antes de que se haya concluido el contrato<sup>1008</sup>. Por consiguiente, pese al maximalismo que evidencia la

---

<sup>1005</sup> LACRUZ BERDEJO, “*Tratado teórico-práctico ...*”, cit., p. 118.

<sup>1006</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., pp. 180 y 181) exponen que frente al argumento de que un muerto no puede contratar, cabe oponer que las reglas jurídicas no son posibles o imposibles, sino justas o injustas, acertadas o equivocadas, y, aunque la premisa anterior sea cierta, ello no obsta para admitir que la obligación gravita sobre su herencia. Asimismo, también puede objetarse que, al igual que el que fallece no puede concluir un contrato, tampoco es posible lograr que éste pague sus deudas y, sin embargo, no se rebate jurídicamente que tales débitos se constituyen en cargas de la herencia, y, por tanto, las deben asumir sus sucesores.

<sup>1007</sup> Desde antaño -STS 21 junio 1945-, nuestro más Alto Tribunal ha reconocido que la eficacia, perfección y sustantividad o no de las declaraciones de voluntad, una vez emitidas, son incógnitas que suscitan graves problemas, que no están siempre claramente resueltos en nuestro Código Civil. Este pronunciamiento jurisprudencial es citado por MORENO QUESADA (op. cit., p. 116, nota 31) y por ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 184) en favor de la ausencia de textos precisos en nuestro Derecho que puedan ser invocados en contra de la falta de sustantividad de la oferta.

<sup>1008</sup> MENÉNDEZ MATO (“*La oferta ...*”, cit., pp. 213 y 214) señala que la regla general que proclama la falta de autonomía de la oferta conlleva la extinción de aquella proposición inicial, con independencia de que su destinatario conociera o no la

tesis tradicional, tempranamente se admitió la exclusión de su aplicación a dos supuestos singulares, que, en nuestra opinión, dejaron abierta la puerta hacia una postura menos férrea, en cuanto menos voluntarista<sup>1009</sup>.

La primera de ellas se refiere a la propuesta contractual en la que el oferente expresamente asegura la irrevocabilidad de la misma durante un periodo de tiempo determinado, de tal manera que su destinatario podrá expresar su conformidad con dicha declaración hasta que finalice dicho plazo con la tranquilidad de que el autor de la propuesta no podrá retractarse válidamente<sup>1010</sup>. La trascendencia de semejante disposición estriba en que si el proponente fallece o se torna incapaz durante el transcurso de ese lapso temporal, se considera que debe mantenerse el vigor de esa primera declaración hasta que tal intervalo se agote. Los motivos que pueden amparar esta conclusión se reconducen, en primer lugar, al respeto a ultranza de la voluntad que el ofertante manifestó. En este sentido, se interpreta que cuando aquél renuncia al ejercicio de su derecho de revocación durante un tiempo determinado, implícitamente está afirmando que ha de mantenerse la oferta hasta la terminación de ese periodo con independencia de los eventos que puedan acaecer, y que le puedan afectar personalmente<sup>1011</sup>.

En segundo lugar, se aduce que una proposición que atribuya al eventual aceptante la posibilidad de prestar su aquiescencia durante un concreto lapso temporal supone conferirle un derecho potestativo a prestar su aceptación, por lo que no parece admisible que pueda extinguirse a causa de circunstancias que atañen exclusivamente al autor de semejante propuesta, aunque sean completamente involuntarias. Según los autores que apoyan esta prerrogativa frente a la regla general, la única vía que permite sostener la vitalidad de la oferta una vez que ha fallecido o perdido sus facultades el autor de la misma pasa por admitir que la relación jurídica iniciada, aunque no completada, ha de transmitirse a sus sucesores. Por consiguiente, los herederos del proponente primigenio quedarán vinculados por la propuesta inicial, no podrán revocarla y, además, no podrán negarse a la

---

muerte o la incapacidad sobrevenida de la otra parte en el momento de expresar su conformidad. Sin perjuicio de la máxima expuesta, reconoce que presenta dos excepciones, que analizaremos en el presente apartado.

<sup>1009</sup> Prácticamente todos los expertos admiten la influencia del Código Civil italiano en la admisión por la doctrina tradicional de las dos excepciones que vamos a examinar posteriormente. El citado cuerpo legislativo no proclama expresamente la máxima tradicional de la extinción de la oferta en caso de fallecimiento o pérdida de capacidad sobrevenida a su autor y de la inexistencia de vinculación por parte de sus herederos, pero, y a pesar de estar entre los impulsos codificadores modernos, se puede inferir dicho axioma mediante la interpretación a contrario de dos preceptos, los cuales contienen diversas excepciones al reiterado principio. Vid. por todos GASPARD LERA, op. cit., p. 153 y nota 89.

<sup>1010</sup> El artículo 1.329 del Código Civil italiano se refiere en el primer apartado a la oferta irrevocable: “*Se il proponente si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo, la revoca è senza effetto*”. En el segundo apartado prevé el supuesto particular que estamos analizando: “*Nell’ipotesi prevista dal comma precedente, la morte o la sopravvenuta incapacità del proponente non toglie efficacia alla proposta, salvo che la natura dell’affare o altre circostanze escludano tale efficacia*”.

<sup>1011</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, op. cit., p. 18.

conclusión del contrato en caso de que reciban tempestivamente la aquiescencia del receptor.

A pesar de que la máxima tradicional defiende que las declaraciones realizadas en el seno de la formación de un contrato no revisten virtualidad suficiente para adquirir completa independencia de las personas que las emiten, sin embargo se admite que tal aserto decaiga en el supuesto de una propuesta realizada con el compromiso de su permanencia durante un intervalo de tiempo concreto. En esta hipótesis, se considera que las manifestaciones de voluntad adquieren cierto grado de autonomía, ya que debe perdurar, al menos, hasta el agotamiento de dicho periodo, y sin perjuicio de los sucesos que aquejen al oferente<sup>1012</sup>. Además, se apunta, como nuevo apoyo de la virtualidad de la oferta irrevocable, la defensa de las legítimas expectativas generadas al hipotético aceptante, siempre y cuando haya alterado su posición jurídica o económica mediante la realización de gastos o la asunción de responsabilidades frente a terceros<sup>1013</sup>.

Por nuestra parte, recordamos -tal y como analizamos con ocasión del estudio de la revocación de la oferta- que, en el caso de que el proponente renuncie voluntariamente a la extinción de su propuesta durante un lapso temporal, si, con posterioridad y antes de que finalice dicho plazo, decide hacer caso omiso de dicha autolimitación, la opinión generalizada sostiene que el eventual aceptante no puede recurrir a la responsabilidad precontractual, a efectos de reclamar una reparación de los daños y perjuicios que pudieran habersele irrogado<sup>1014</sup>. La razón de esta exclusión radica en que se entiende que la retractación no produce efecto alguno, por lo que si el destinatario acepta la oferta, el contrato se perfeccionará. En la misma medida, creemos que resulta factible extender esta conclusión a la proposición en firme cuyo autor muere o padece una merma definitiva de sus facultades.

Por último, la especialidad que se predica de la oferta irrevocable puede verse excluida en el caso de que las cualidades personales del ofertante resulten determinantes, por lo que, sin perjuicio del carácter inmutable que éste le haya conferido provisionalmente, dicha propuesta se extinguirá con motivo de su deceso

---

<sup>1012</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 95) sugiere que, pese a que no se incluya habitualmente entre los casos en que se exceptúa la aplicación de la regla tradicional, tampoco debe expirar la proposición inicial en el caso de que el ofertante haya establecido que esté en vigor durante un plazo determinado, mientras dicho lapso temporal no haya transcurrido y sin perjuicio de los diferentes avatares por los que atraviese el proponente.

<sup>1013</sup> PERALES VISCASILLAS, “*La formación del ...*”, cit., p. 471 y MENÉNDEZ MATO, “*La oferta ...*”, cit., p. 213.

<sup>1014</sup> Sin embargo, FLUME (op. cit., p. 755) explica que la repercusión de la muerte del oferente antes de la aceptación fue un tema de debate recurrente en la doctrina del Derecho Común del siglo XIX. Añade el citado autor que la opinión dominante admitió la expiración de la propuesta inicial, pero los herederos del fallecido habían de indemnizar el interés negativo en el supuesto de que el destinatario ignorara dicho suceso. Por el contrario, CAPILLA RINCERO (op. cit., p. 4562) afirma que la oferta irrevocable confiere al destinatario el derecho, y no sólo la expectativa, de celebrar el convenio propuesto a través de su mero asentimiento. Por consiguiente, este autor, al igual la mayoría de la doctrina, considera que la posterior retractación del emisor de la proposición inicial carece de efecto extintivo, y el contrato se perfeccionará si el eventual aceptante presta su conformidad.

o su incapacidad sobrevenida. Tal y como ya apuntamos en el apartado anterior, si acontecen los dos sucesos descritos con antelación a la expiración del plazo durante el que la proposición inicial devino firme por voluntad de su autor, no puede defenderse la subsistencia de tal propuesta, dado que el proponente no podrá cumplir las prestaciones que le incumben, y, lógicamente, ninguno de sus herederos podría hacerlo<sup>1015</sup>. De forma similar, se aduce por algunos autores que tampoco se localiza razón alguna que justifique la permanencia de ese firme ofrecimiento de contratar a lo largo de un plazo temporal delimitado cuando los deberes asumidos por el eventual aceptante sólo revisten interés para el proponente inicial, aunque este supuesto concita más dudas, dada la dificultad para demostrar la concurrencia de sus presupuestos.

La segunda de las excepciones planteadas se concreta en la propuesta realizada por un empresario dentro del giro o tráfico ordinario de la compañía o del círculo de negocios de aquél. El motivo en que descansa esta distinción se basa en que la oferta no puede entenderse directamente vinculada a la persona de dicho empresario, sino a la sociedad que representa o dirige, que ha de considerarse como un ente con existencia propia e independiente, y que, obviamente, no puede fallecer ni sufrir una incapacidad sobrevenida. Idéntico razonamiento se esgrime en el supuesto del propietario individual de una industria o comercio, aun cuando no haya constituido una forma social para desarrollarlas, por cuanto, pese a que es posible que se vea afectado por las dos vicisitudes mencionadas, si el contrato proyectado se enmarca en las operaciones habituales de la actividad, la proposición realizada también alcanza cierto grado de autonomía con relación al sujeto que la formuló<sup>1016</sup>.

---

<sup>1015</sup> GASPAR LERA (op. cit., pp. 154 y 155) opina que no cabe resolver el problema de la sustantividad de la oferta con un remedio general, sino que se debe atender a la casuística. No obstante, considera que la solución dependerá de la permanencia o desaparición de la razón a que hubiere respondido el futuro contrato con motivo del fallecimiento o pérdida de sus facultades intempestivamente por el proponente. De este modo, si la finalidad de dicho convenio estaba indisolublemente ligada a la persona del interviniente que formuló la primera declaración al tratarse de un contrato personal, entiende que las vicisitudes subjetivas señaladas que acontezcan antes de la perfección contractual conducirán a la extinción de la propuesta inicial, aunque se haya configurado con carácter irrevocable. Por el contrario, la citada autora cree que se debe defender la persistencia de dicha iniciativa cuando el contrato propuesto fuera independiente del sujeto que lo ofrece.

<sup>1016</sup> GONZÁLEZ GOZALO ("*La formación ...*", cit., p. 691) entiende que no hay suficientes elementos en el ordenamiento español para enunciar un principio general en torno a la expiración o no de la oferta a causa de la defunción de su autor, por lo que la respuesta dependerá de cada caso. A tales efectos, este especialista acude, en primer lugar, a la voluntad del emisor, y, si no se ha manifestado explícitamente sobre este extremo, podrá colegirse de las circunstancias presentes, lo que, en nuestra opinión, le acerca a la postura del B.G.B. y a otros sistemas que se inspiran en dicho código. De esta forma, el autor mencionado entiende que el ofrecimiento contractual no se transmitirá a sus herederos cuando la prestación que incumbe al proponente tiene carácter personalísimo, la relación proyectada se basa en la confianza, o tiene un componente *intuitu personae*. Para ilustrar este supuesto, ofrece, como ejemplo -entre otros-, las ofertas de contratos que se extinguen por la muerte de una de las partes -v. gr. arts. 1.595, 1.700, 1.732, 1.742, 1.802 y 1.803 del Código Civil-. En cambio, las propuestas iniciales que revisten un marcado carácter objetivo, al no depender tanto de la persona de su autor, subsisten aunque acaezca su deceso. Además de los supuestos en los que el oferente haya renunciado a su derecho de revocación -salvo que impliquen obligaciones personalísimas-, también sostiene la subsistencia de aquellas que se realicen por un empresario en el ejercicio de su actividad habitual, ya que se trata de ofertas de empresa, y ésta perdura, en principio, aunque fallezca su titular, gerente o representante. Este experto nos indica que, en la hipótesis anterior, lo que se transmite es la empresa *mortis causa*, y forman parte de la misma tanto la clientela como las propuestas contractuales pendientes de

Se han ofrecido diversos argumentos en defensa de la prerrogativa señalada, el primero de los cuales puede colegirse fácilmente de la exposición contenida en el párrafo precedente. De este modo, se aduce que la finalidad del contrato propuesto se concretará en el funcionamiento, la expansión o la financiación de la firma, la cual adquiere una materialidad objetiva que trasciende a la persona del empresario, ya se configure como una compañía mercantil *strictu sensu*, ya estemos ante un negocio sin sustento corporativo. Por consiguiente, las proposiciones que, presididas por las finalidades señaladas, formule el empresario habrán de imputarse a la acción comercial o empresarial, y no al sujeto que las emite<sup>1017</sup>.

Igualmente, también se aduce en pro de la sustantividad de la oferta en este específico supuesto que los herederos del titular del negocio serán -o podrán ser- conscientes de dicha propuesta. La tónica habitual de la gestión de una empresa exige que dicha iniciativa haya quedado pergeñada a través de correspondencia cruzada con el eventual aceptante, de correos electrónicos intercambiados entre tales intervinientes, notas internas, actas que reflejen las reuniones celebradas al efecto, y, por supuesto, el conocimiento que posean otros trabajadores acerca de los tratos mantenidos. De esta forma, los sucesores del empresario también podrán revocar aquella proposición contractual que estimen oportuno, sin perjuicio de que, como ya hemos expuesto, y al igual que su causante, puedan verse obligados a indemnizar al destinatario<sup>1018</sup>.

Frente a este argumento se ha opuesto que, en algunas ocasiones, los beneficiarios que acceden al gobierno de la compañía no gozan de la facilidad de acceso a toda la información sobre la actuación de su predecesor que se presume, a causa de que éste hubiera mantenido en secreto la negociación en cuestión, y la hubiera dirigido personalmente sin dejar constancia escrita. A su vez, se refuta esta alegación mediante el discurso de la tutela de los intereses del otro interviniente, que no pueden verse defraudados por los desafortunados sucesos que hayan afectado a la persona del empresario que le transmitió una propuesta que, en principio, ha accedido a debatir<sup>1019</sup>. Resulta lógico y natural que los terceros que se planteen contratar con un empresario esperen que las vicisitudes personales no

---

aceptación. Sin embargo, entiende factible que, en el caso de pequeños negocios o industrias, que se suelen asimilar a las personas de sus propietarios, desaparezca la oferta a causa del óbito de éstos. En estos casos, no estamos ante una propuesta despersonalizada lanzada por una empresa, sino ante un ofrecimiento para culminar un futuro contrato formulado por un sujeto que, al mismo tiempo, realiza una actividad comercial o industrial, por lo que prevalece el aspecto subjetivo.

<sup>1017</sup> GARCÍA-GRANERO COLOMER (op. cit., pp. 411 y 412) explica que la excepción de la pervivencia de la oferta emitida por un empresario, siempre que se corresponda con el círculo de operaciones de la empresa, se basa en que dicha propuesta crea una situación objetiva para aquélla, y ha de subsistir pese a los avatares individuales que conciernan a su titular. La razón última estriba en que la propia existencia del establecimiento, industria o comercio generan una confianza en los terceros que se relacionan con esas entidades, la cual no puede verse frustrada con motivo de la defunción de su propietario, representante o administrador, por cuanto el tráfico mercantil no debe verse obstaculizado, ni siquiera entorpecido, a causa de esa circunstancia.

<sup>1018</sup> PERALES VISCASILLAS, “La formación del ...”, cit., pp. 474 y 475.

<sup>1019</sup> MARTÍNEZ GALLEGU, op. cit., p. 57.

obstaculicen la consecución del objetivo final, dado que confían que dichas eventualidades sean subsanadas por la cadena empresarial o negocial.

A pesar del acierto de las dos excepciones indicadas, la doctrina señala dos casos en que se excluye la hipotética invocación de la segunda de las mismas<sup>1020</sup>: ofertas lanzadas por pequeños empresarios y las que sólo aparentemente se realizan en el ámbito de la actividad empresarial<sup>1021</sup>. En cuanto a la primera distinción, hemos de admitir que resulta difícil destruir la presunción de la vinculación de la proposición contractual con la persona física que la emite, debido a las dimensiones reducidas de la compañía o del negocio. Por lo que se refiere a la segunda singularidad, nos situamos ante propuestas que, aunque se formulen utilizando el nombre y prestigio de la sociedad o del establecimiento comercial, en última instancia se dirigen a satisfacer intereses personales del titular, por lo que no podrán atribuirse a aquéllas, dado que, obviamente, no obedecen a su actividad<sup>1022</sup>.

Una nueva muestra del camino emprendido hacia posiciones menos rigoristas que la defensa a ultranza ejercida por la doctrina tradicional acerca de la expiración de la vigencia de la oferta cuando, inopinadamente, su autor fallece o padece una merma de sus facultades se plasma en la postura que adoptan ciertos autores, que, de una forma u otra, viene a rebajar la rotundidad de dicho aserto. De este modo, algunos reputados expertos someten la aplicación de la máxima expuesta a la concurrencia de determinadas circunstancias, mientras otros realizan distinciones previas a fin de conferir un tratamiento diferenciado a los diversos supuestos que se encuadran en esta problemática. El factor paradigmático al que se ha venido acudiendo desde esta óptica alude a la necesidad de evaluar si concurre o no buena fe por parte del destinatario en el momento de aceptar la proposición recibida<sup>1023</sup>.

---

<sup>1020</sup> A nuestro modo de ver, la exclusión de la pervivencia de la oferta realizada por un empresario en los dos casos señalados en el texto de nuestra investigación tiene su origen último en el artículo 1.330 del Código Civil italiano, aun cuando, posteriormente, los haya asumido la doctrina: “*La proposta o l’ accettazione, quando è fatta dall’ imprenditore nell’ esercizio della sua impresa, non perde efficacia se l’ imprenditore muore o diviene incapace prima della conclusione del contratto, salvo che si tratti di piccoli imprenditori o che diversamente risulti dalla natura dell’ affare o da altre circostanze*”.

<sup>1021</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN (op. cit., pp. 19 y 20) expone dos ejemplos de propuestas del empresario que revisten naturaleza subjetiva. Por una parte, se refiere a aquellas proposiciones que realice en su propio nombre y que, en puridad, no se pueden relacionarse con la empresa. Por otro lado, alude a las propuestas que formule en representación de la misma, pero cuya finalidad es la persona del emisor, *ad. ex.* las de arrendamiento de un coche para su uso privado o la dirigida a un abogado para la resolución de un problema personal o familiar.

<sup>1022</sup> El criterio de los designios personales fue evaluado por el legislador alemán, y, en este sentido, FLUME (op. cit., pp. 755 y 756) señala que el parágrafo 153 del B.G.B. sienta la regla de la pervivencia de la oferta con independencia de la muerte de su autor –aunque el precepto también alude a su pérdida de capacidad-. Igualmente, apunta que tiene una escasa repercusión práctica, pero que la exégesis del mismo en torno a la excepción que contiene es muy interesante desde una perspectiva metodológica. La propia Exposición de Motivos del Código Civil alemán se refiere a dicha singularidad: “*La regla no opera cuando de la propuesta o de las circunstancias del caso resulta otra voluntad del proponente; este último será el caso, sobre todo, cuando el proponente haya pedido objetos que claramente están dirigidos a la satisfacción de sus necesidades personales o cuando se proponga favorecer personalmente a la otra parte*”.

<sup>1023</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 181) señalan que, para un sector doctrinal, la muerte o la incapacidad sobrevenida no son suficientes para decidir si la oferta debe subsistir o extinguirse, sino que es preciso fijarse en otras

En esa dirección, se esgrime que si el eventual aceptante estaba enterado, con independencia del motivo, de la defunción o de la incapacidad sufrida por el ofertante en el instante en que formula y expide su aquiescencia con relación a la propuesta inicial, el contrato no puede perfeccionarse. La buena fe precontractual que debe presidir las relaciones entre las partes requiere que el receptor hubiera inquirido previamente a los herederos o al representante legal del proponente sobre su conocimiento, y, en su caso, interés en la conclusión del convenio negociado con su predecesor. Por el contrario, si el destinatario ignoraba el estado en que se encontraba el oferente o su óbito, la respuesta a esta situación se desdoblará en función de si el teórico aceptante ha llegado o no a modificar su propia situación jurídica o económica<sup>1024</sup>.

Por consiguiente, dicha orientación doctrinal valora si el interviniente que ha de ponderar si presta su conformidad a la iniciativa contractual -formulada por el proponente que, posteriormente, ha fallecido o devenido incapaz- ha realizado nuevas contrataciones o ha desembolsado gastos que estén estrechamente vinculados con la oferta recibida. De hecho, también se esgrime la contingencia de evaluar si ha optado por rechazar otras posibilidades de contratación con terceros. En estas hipótesis, se arguye que la *bona fides* debe conducirnos a estimar que el interés del eventual aceptante resulta merecedor de protección, siempre y cuando resultase razonable que éste confiase en la futura conclusión del contrato propuesto. La tutela del destinatario se lograría a través de un resarcimiento indemnizatorio, si bien hasta el límite del interés negativo, y no mediante la perfección del contrato

---

circunstancias. En esta línea, citan a un autor italiano –GIORGI- que entiende que las incidencias personales descritas no pueden impedir la formación del vínculo contractual cuando hayan acaecido antes de la aceptación y el destinatario haya expresado su aquiescencia sin conocerlas, es decir, “en plena buena fe”. En la misma dirección, MORENO QUESADA (“*La oferta de ...*”, cit., pp. 103 a 105) también menciona esa aportación doctrinal, así como la de otro autor italiano –BARASSI-, quien, como ya expusimos, distingue entre los supuestos en que el oferente fallece y en que se torna incapaz. Este último especialista entiende que sólo es factible la transmisibilidad de la propuesta inicial en caso de incapacidad sobrevenida, pero subordina dicha posibilidad a que fuera razonablemente ignorada por el destinatario. El fundamento de esta distinción estriba en el principio de equidad, en virtud del cual no parece lógico derivar los perjuicios generados a causa de la situación creada hacia el hipotético aceptante, en lugar de hacerlos recaer sobre el declarante incapaz.

<sup>1024</sup> DÍEZ-PICAZO (“La muerte y la incapacidad sobrevenida del oferente”, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. IV, *Derecho Civil y Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996, p. 4.872) evoluciona desde el respeto a la tesis tradicional y la admisión de las dos clásicas excepciones comentadas hasta reconocer que no hay una solución categórica. De este modo, entiende que se debe averiguar dónde hemos de situar la línea de separación entre los casos en que admitamos la subsistencia de la oferta pese a la muerte e incapacidad sobrevenida del oferente, y aquellos en que rechazamos esa contingencia. En este sentido, este reputado civilista considera que “[...] Si en el momento de aceptar, el destinatario de la oferta conocía la muerte del oferente, la regla de la buena fe en la fase precontractual le hubiera obligado a detener su aceptación y a realizar alguna consulta a los herederos (...). Más complicada es la situación en los casos en que el destinatario haya emitido una declaración de voluntad de aceptación, sin conocer el fallecimiento del oferente. Creemos que, aun en ese caso, la situación del aceptante no requiere para su protección considerar perfeccionado el contrato y basta la protección de la confianza, atribuyendo al aceptante una pretensión de indemnización en el límite del interés negativo. Para que esta protección sea viable, será necesario que la confianza se haya fundado razonablemente, lo que requerirá un contrato, que, por las circunstancias, admita aceptación tácita o que sea razonable un comienzo de ejecución de la prestación”.



que se estaba discutiendo. En caso contrario, generalmente la posición del receptor no sería susceptible de amparo gracias al mecanismo indicado<sup>1025</sup>.

## **2. TESIS INNOVADORA: DEFENSA DE LA SUSTANTIVIDAD**

La corriente que defiende la sustantividad de la oferta considera que, una vez que su autor la remite a su destinatario, ha llevado a cabo todos los actos necesarios para la conclusión del contrato, de forma que, si aquél muere o se torna incapaz, el receptor de esa iniciativa podría formular su asentimiento y, por tanto, perfeccionar el convenio proyectado, pero con los herederos del proponente inicial. Algunos autores ponen de relieve que el ofrecimiento de la celebración de un contrato adquiere cierta objetividad desde que lo emite el ofertante, hecho que deducen de la posibilidad de que, en ocasiones, aquél ha de indemnizar al destinatario a causa de su revocación. Tal y como hemos analizado en páginas anteriores, esa eventualidad puede acontecer aun cuando la primitiva proposición no se hubiese configurado con la condición de irrevocable. En resumen, rechazan la afirmación defendida por la tendencia mayoritaria hasta el momento de que la oferta requiera la permanencia de la voluntad del oferente para perdurar<sup>1026</sup>.

Asimismo, en segundo lugar, hemos de aclarar que, para algunos defensores de esta tendencia doctrinal, la cuestión central no pivota sobre la revocabilidad de la propuesta contractual primigenia, la cual admiten como principio general, y, por tanto, sobre la imposibilidad de que su autor no pueda retractarse una vez que ha acaecido su deceso o la pérdida de su capacidad de obrar, lo que apoyaría la falta de autonomía de la oferta. Estiman que la verdadera dificultad estriba en definir si son transmisibles únicamente los derechos y obligaciones perfeccionados o, por el contrario, cabría defender la sucesión *mortis causa* o cesión *inter vivos* de otras situaciones que no han llegado a culminarse, como la proposición aún no aceptada en el momento de la defunción o incapacidad sobrevenida del oferente<sup>1027</sup>.

---

<sup>1025</sup> Por el contrario, MENÉNDEZ MATO (“*La oferta ...*”, cit., p. 213) opina que el hecho de que el eventual aceptante emita su declaración de aquiescencia sin conocer las circunstancias sobrevenidas que han afectado al proponente no le confiere el derecho a ser indemnizado. Además, puntualiza que en los casos en que se extinga la oferta, como el que estamos analizando, la trascendencia reside en la determinación precisa del momento en que se perfecciona un contrato entre no presentes.

<sup>1026</sup> GONZÁLEZ GOZALO (“*La formación ...*”, cit., p. 691), al que podemos incardinar en esta corriente, valora el conocimiento o ignorancia del destinatario de la oferta sobre las vicisitudes acaecidas al proponente como una cuestión irrelevante en orden a determinar la sustantividad o no de dicha declaración, si bien su desconocimiento podrá servirle a otros efectos si obedece a la falta de diligencia por parte de los sucesores del autor de la propuesta inicial. En el caso de que se perfeccione el contrato, el aceptante podrá ejercitar la acción de anulación del mismo con base en el error esencial padecido en la persona del ofertante, si ésta fue decisiva para la aquiescencia prestada, sin perjuicio del eventual derecho a ser resarcido mediante una indemnización, materializada en el interés negativo.

<sup>1027</sup> Por lo que se refiere a la jurisprudencia española, son muy escasos los pronunciamientos en la materia, aunque resulta mención obligada la STS, Sala de lo Civil, 23 marzo 1988, en la que parece definirse a favor de la no sustantividad de la oferta. El Alto Tribunal entiende que dicha proposición no es transmisible a los herederos del proponente, y que éstos sólo resultan vinculados por un contrato perfeccionado antes de fallecer el causante. Gran parte de la doctrina estima que el supuesto de hecho en que se sostiene la misma no es el más adecuado para pronunciarse en la materia, aunque ello no obsta

En consonancia con las explicaciones ofrecidas en la exposición anterior acerca de las reprobaciones levantadas contra la tesis tradicional, los principios del derecho hereditario no se oponen al traspaso de relaciones jurídicas incompletas a los sucesores, salvo proscripción legal o ineludible vinculación de la ligazón al proponente inicial, derivada bien de su esencia, bien de un convenio en tal sentido<sup>1028</sup>. Igualmente, este sector doctrinal alega que el amparo de la autonomía de la oferta favorece la seguridad del tráfico, y se acomoda en mayor medida a las necesidades que rodean el comercio y las consecuentes transacciones que éste genere, si bien esta última justificación suele apoyarse en la tutela de los intereses del destinatario de la propuesta contractual frente a la desprotección en que se situaría, por motivos completamente ajenos a su voluntad, si dicha proposición deviene ineficaz a causa del óbito del ofertante o del detrimento de sus facultades<sup>1029</sup>.

Por otra parte, se aduce que la voluntad unilateral puede ser fuente de las obligaciones, lo que contribuye a afirmar que la manifestación que realiza el proponente inicial adquiere fuerza vinculante, y, por tanto, la posición jurídica de aquél puede ser objeto de transferencia a sus sucesores o a la persona que ejerza su representación legal. No obstante, este argumento colisiona contra obstáculos insalvables para su apoyo en nuestro país, lo que conduce a su escasa repercusión en los expertos en la materia<sup>1030</sup>. Por otro lado, se ha alegado que el desarrollo observado en el panorama jurídico reciente y actual tiende a apreciar la obligación desde una perspectiva patrimonial, en sustitución del tradicional punto de vista

---

para que los autores ponderen el significado de dicha sentencia en función de la corriente doctrinal que apoyen. De este modo, mientras unos expertos entienden que la sentencia en cuestión viene a defender la tesis de la falta de autonomía de la oferta, otros consideran que el fallo debió apoyarse en la caducidad de tal declaración. En cualquier caso, entendemos que la fundamentación del Tribunal Supremo parece insuficiente a fin de sentar un criterio definitivo en la materia.

<sup>1028</sup> CUADRADO PÉREZ ("*Oferta, aceptación, ...*", cit., p. 132 a 134) analiza la postura adoptada por BONFANTE en torno a la sustantividad de la oferta, con anterioridad a la promulgación del vigente Código Civil italiano –“La successione nella promessa”, Riv. Dir. Comm., 1927, T.I, V. XXV, p. 1 a 17 y “La successione nella proposta”, Riv. Dir. Comm., 1929, T. I, pp. 373 a 382-. Este autor italiano aborda el tratamiento recibido por dicha cuestión en el Derecho romano clásico, el Derecho justinianeo y el Derecho moderno, y concluye que la regla general es la transmisibilidad de todas las relaciones jurídicas del finado al heredero, aun cuando se trate de situaciones no vinculativas que dependan de la voluntad de aquél, a menos que la ley prevea la solución contraria. Por consiguiente, al heredero se le transmite la mera voluntad del causante, y, desde ese momento, podrá revocarla, al igual que podía haberlo hecho el difunto.

<sup>1029</sup> LACRUZ BERDEJO ("*Tratado teórico-práctico ...*", cit., p. 117 a 119) apunta que la oferta crea una expectativa en su receptor, y que no ha de verse limitada por el fallecimiento del proponente. Asimismo, estima más importante proteger los intereses del destinatario que los correspondientes a los herederos, lo que, además, contribuye a dotar de mayor seguridad al tráfico.

<sup>1030</sup> La STS, Sala de lo Civil, 21 junio 1945 ya advierte que la posibilidad de la existencia de obligaciones vinculantes por voluntad unilateral es un tema muy discutido en el terreno de la ciencia, que tampoco encuentra un rotundo reconocimiento en nuestro Código Civil y que no ha sido admitido abiertamente por la jurisprudencia. En cuanto a la doctrina, MANRESA Y NAVARRO (op. cit., pp. 520 y 521) observa la jurisprudencia existente en la fecha -STS, 17 octubre 1932 y 31 octubre 1924-. En tal sentido, señala que no puede asegurarse que el Tribunal Supremo haya rechazado claramente la fuerza vinculante de ese modo de obligarse, debido a las circunstancias de los casos resueltos, por cuanto no se daba la típica indeterminación del destinatario y se trataba de una donación, relación que exige siempre la aceptación. Sin embargo, los pronunciamientos mencionados previenen acerca de la ineficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad por resultar precisa siempre la concurrencia de la aceptación, es decir, la bilateralidad para que podamos apreciar el consentimiento y, con él, la existencia de la obligación.

estrictamente subjetivo o personal, lo que ayudaría a sostener su entidad independiente y, por supuesto, la admisibilidad de su transmisión<sup>1031</sup>.

Sin ánimo de profundizar en la materia, dado que no sólo excede del ámbito de nuestra investigación, sino que debería dar lugar a una investigación específica, el reconocimiento de la vinculación generada por la libre determinación unilateral concita dudas que, por el momento, son irresolubles, dado que adolece de refrendo legal y de los especialistas<sup>1032</sup>. Por lo que se refiere al cambio del plano desde el que se consideran los deberes jurídicos, es cierto que se observa dicha transformación, sin embargo, en nuestra opinión, carece de sentido esgrimirla para respaldar la sustantividad de la oferta si, previamente, no podemos argüir que dicha declaración de voluntad constituye un claro exponente de la creación de un vínculo obligatorio. Asimismo, hemos de indicar que todos los reproches vertidos en contra de la tesis que niega la sustantividad de la propuesta inicial –al igual que de las restantes declaraciones de voluntad- también corroboran esta nueva concepción, por lo que nos remitimos a los razonamientos expuestos al efecto.

De forma prácticamente unánime, se asume que el origen último de esta posición doctrinal se puede rastrear hasta el respetado Código Civil alemán, que declara terminantemente la emancipación de las declaraciones de voluntad con relación a las contingencias que, tras su emisión, aquejen a su emisor -defunción o incapacidad sobrevenida-<sup>1033</sup>. Con anterioridad, la doctrina germana también había defendido la autonomía de las manifestaciones de voluntad, por lo que las vicisitudes que recayeran sobre la persona de su autor no podrían afectarlas. Una de las justificaciones que brindaba se basaba en la diferenciación entre la voluntad como producto y como potencia. De este modo, la materialización de la capacidad volitiva del oferente no expiraría a causa de su deceso o de la desaparición de su aptitud legal plena, mientras que se extinguiría la voluntad *per se*, es decir, los designios contractuales que no hubieran sido objeto de concreción<sup>1034</sup>. Completaban

---

<sup>1031</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., pp. 89 y 90) enumera los diferentes argumentos en que se apoya la corriente innovadora, entre los cuales incluye el indicado en el texto de nuestra investigación, y considera que, al igual que algunos de los examinados, merece ser objeto de reflexión, frente a otros que entiende que no serían aceptables en nuestro ordenamiento.

<sup>1032</sup> El artículo 1.092, nº 2 de la Propuesta de Modernización del Código Civil dispone que “*La promesa unilateral de una prestación sólo obliga en los casos previstos por la ley*”. Por consiguiente, como expone VAQUER ALOY (“Actos y contratos unilaterales”, VVAA *Negociación y perfección de los contratos*, Directora PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A., Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 173 y 174), se reconoce a la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones, pero sólo con carácter excepcional, es decir, cuando la ley establece que ostente dicha consideración. Los artículos 1.093 y 1.094 regulan los supuestos de la promesa pública de recompensa y del concurso con premio. A juicio del autor citado, la Propuesta de Modernización no presenta novedades reseñables y se limita a plasmar la visión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria. La única innovación parece corresponder a la matización prevista en el último inciso del primer párrafo del artículo 1.093, con relación a la promesa pública. De acuerdo a la exposición de VAQUER ALOY, podría significar que el acto realizado por el acreedor de la recompensa prometida no tiene por qué responder a dicha promesa, sino que podría ignorarla. Por consiguiente, no podría identificarse dicha conducta con una aceptación, y se mitigaría la naturaleza contractualista que la concepción imperante confiere a este subtipo.

<sup>1033</sup> Artículo 130 del B.G.B.: “(2) *La efectividad de una declaración de voluntad no se ve afectada si la persona fallece o pierde su capacidad para contratar después de haber emitido la declaración*”.

<sup>1034</sup> MORENO QUESADA, op. cit., pp. 99 y 100.

su postura mediante la afirmación de que la proposición contractual inicial atribuye a su receptor el derecho de concluir el contrato proyectado mediante su mera aquiescencia, por lo que la formulación de tal propuesta conlleva la vinculación de su autor.

Por otro lado, debemos recordar que el B.G.B. proclama explícitamente la fuerza vinculante de la propuesta inicial, salvo que el ofertante hubiese excluido de forma expresa ese efecto, y que dicha obligatoriedad se traduce en la imposibilidad de retractarse durante la vigencia de aquella proposición, bien se haya establecido claramente, bien se recurra a un plazo razonable<sup>1035</sup>. Sin perjuicio de que, acertadamente, se haya demostrado que no se puede esgrimir en apoyo de la sustantividad de la oferta la completa identificación entre su irrevocabilidad y su autonomía con relación a los sucesos que se proyecten sobre la existencia o capacidad de su autor, no podemos obviar que constituye un notorio refuerzo a semejante independencia. Además, el Código Civil alemán concreta esta máxima en las previsiones que dedica a la primera manifestación de voluntad en la formación del contrato, por lo que se ratifica la entidad independiente de la misma<sup>1036</sup>.

Ahora bien, el cuerpo legislativo germano analizado contempla una excepción al axioma genérico de la sustantividad de la oferta, que supone la posibilidad de deducir una intención diferente del proponente, y, por tanto, que éste deseara la extinción de su declaración ante su óbito o pérdida de capacidad para mantenerla<sup>1037</sup>. Por consiguiente, nos encontramos frente a una nueva dificultad, ya que se ha de delimitar la vía para averiguar la voluntad del autor de la propuesta contractual inicial, a menos que éste la hubiera exteriorizado de manera incontestable. De hecho, el dilema se centra en optar por inquirir la

---

<sup>1035</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN (op. cit., pp. 26 y 27) opina que la regla contenida en el B.G.B., en orden al amparo de la autonomía de la oferta después de la defunción y el detrimento de las facultades del proponente y antes de la perfección contractual, es perfectamente lógica en función de los presupuestos que adopta el ordenamiento alemán. Por un lado, invoca el § 130 mencionado anteriormente, y, por otro, de acuerdo al § 145, alude a la vinculación que deriva de la propuesta inicial para su autor, excepto cuando éste haya excluido explícitamente dicho efecto. Sin embargo, la citada autora explica que, en la práctica, los ofertantes evitan el resultado previsto en el último párrafo indicado mediante la inserción en la proposición primigenia de fórmulas como “oferta sujeta a cambios” y “ofertas revocables”.

<sup>1036</sup> El § 153 del B.G.B. proclama la sustantividad de la exteriorización del propósito de celebrar un contrato por el primer interviniente en el proceso de formación del contrato, con independencia de la muerte o la pérdida de capacidad sobrevenida que aqueje al proponente, a menos que se pueda presumir otra voluntad del mismo, es decir, que resulte posible inferir que la intención del autor de dicha propuesta fuera la extinción de la vigencia. ENNECCERUS -citado por CUADRADO PÉREZ (“Oferta, aceptación, ...”, cit., p. 136)- defiende la posición asumida por el B.G.B., y la justifica con base en que la actividad que ha de desempeñar el oferente termina con la expedición de su declaración contractual, por lo que sólo podrá exigirse la capacidad o la existencia de aquél en ese preciso instante.

<sup>1037</sup> FLUME (op. cit., p. 755) explica que, durante la elaboración del Código Civil alemán, se llegó a estimar innecesario el § 145, en la medida en que la falta de trascendencia del fallecimiento se derivaba tanto del actual § 130 como de la incorporación del heredero del proponente en la posición jurídica adquirida por aquél mediante la oferta, gracias a la sucesión universal. Sin embargo, se optó por su inclusión al considerar la diferente e imperante doctrina del Derecho Común. Asimismo, recordamos que el experto germano consideraba que el supuesto carecía de trascendencia en la práctica, pero mostraba claramente su interés por la excepción que contempla el citado párrafo.

determinación real y objetiva que presidía el ánimo del ofertante o por conjeturar su propósito hipotético y teórico. La convicción imperante en la doctrina alemana se inclina por valorar que el tenor literal de la salvedad contemplada se encamina hacia una orientación interpretativa, de suerte que se debe precisar la intención presunta y supuesta del oferente<sup>1038</sup>. Por consiguiente, habremos de recurrir a la observación de los términos de la oferta y de las circunstancias concurrentes en cada caso<sup>1039</sup>.

Los defensores de la atribución a la oferta -y, en nuestra opinión, con posibilidad de extender estas consideraciones a las restantes declaraciones de voluntad- de la suficiente fuerza como para afirmar su independencia respecto a las incidencias de naturaleza personal que afecten al sujeto que las formula, proclaman que refleja las modernas directrices jurídicas surgidas en el campo de la contratación. Además, su apoyo se ha venido incrementando desde principios del siglo pasado, como reacción a la respuesta facilitada tradicionalmente a la discusión acerca de la viabilidad de la transmisión de la proposición inicial, que, si bien no encontraba respaldo en ningún cuerpo legislativo, se asentó con una dimensión incontestable. Por otro lado, esta visión renovada de la problemática señalada ha encontrado plasmación, además de en el ordenamiento alemán, en varias legislaciones que se encuadran en la órbita germanista del *Civil Law*, y que, lógicamente, se inspiran en dicho modelo<sup>1040</sup>.

Asimismo, tras el examen de nuestro Código Civil, los partidarios de esta concepción en el ámbito nacional concluyen que no contiene precepto alguno que se oponga a la autonomía de la oferta, si bien tampoco contempla ninguno que,

---

<sup>1038</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN (op. cit., p. 29) expone que la opinión dominante en la doctrina alemana entiende que la singular exclusión contemplada por el precepto que estamos analizando es una regla interpretativa, por lo que debemos determinar la voluntad interna e hipotética del oferente, en lugar de la real y objetiva. En esta línea, ENNECCERUS y NIPPERDEY (op. cit., p. 260) opinan que se ha de tener en cuenta la teórica intención del proponente, dadas las circunstancias y, en particular, dado el contenido de la oferta.

<sup>1039</sup> Por su parte, FLUME (op. cit., pp. 756 y 757) rechaza tajantemente el criterio mayoritario en el plano doctrinal, y afirma que la máxima de la pervivencia de la oferta pese al fallecimiento de su autor no es ninguna regla interpretativa, sino una proposición jurídica complementaria de la fuerza vinculante de la propuesta contractual inicial, y determinada por dicha virtualidad. Normalmente, el oferente no contemplará ninguna previsión específica acerca de la validez o ineficacia de su declaración después de su defunción. Por consiguiente, se deberá atender al sentido que se desprenda del contenido de la oferta para inferir si el contrato únicamente puede perfeccionarse con el proponente, de forma que la exclusión de la ulterior vigencia de aquélla no responde a una supuesta voluntad subjetiva, sino que ésta se deduce claramente de proposición formulada. De este modo, el citado autor entiende que la restricción de la persistencia de la oferta obedece al efecto obligatorio que se deriva para su emisor, ya que esa limitación forma parte de la misma, mientras que la opinión dominante no es compatible con dicha fuerza. Finalmente, apunta que si no se logra alcanzar una conjetura razonable, se ha de optar por mantener la vigencia de la oferta, dado que es la regla general.

<sup>1040</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN (op. cit., pp. 27 a 29) cita el § 862 del Código Civil austriaco, el artículo 231, n° 1 del Código Civil portugués, artículo 6:222 del Código Civil holandés y el artículo 525 del Código Civil japonés. Sin embargo, se observan ciertas diferencias en orden a las posibles excepciones a la sustantividad de la oferta, ya que mientras los textos portugués y austriaco prevén la salvedad de una voluntad contraria del ofertante, la legislación holandesa no contempla expresamente ninguna reserva a la máxima general, aunque debemos ponerlo en relación con el artículo 6:217, por lo que dicho axioma sólo puede aplicarse si la propuesta inicial no exige otra cosa. Por su parte, el cuerpo legislativo japonés permite eludir la aplicación de la regla principal tanto en caso de voluntad contraria del autor de la proposición primigenia como en el supuesto de que su destinatario hubiera conocido el deceso de aquél antes de emitir su conformidad.

expresamente, asegure dicha contingencia. Por lo que concierne a la primera parte de este aserto, entendemos que resulta más oportuno ceñirnos a los comentarios expuestos con relación a los artículos 633, 1.262 y 659 del Código Civil vigente en los anteriores apartados relativos al planteamiento de la tesis tradicional y a la censura formulada contra la misma, a fin de evitar reiteraciones innecesarias. Sin embargo, debemos reiterar nuestra conformidad con la opinión de los expertos que entienden que no se infiere de los citados preceptos la ausencia de sustantividad de la primera propuesta contractual<sup>1041</sup>. En cuanto al amparo normativo en el citado cuerpo legislativo de la independencia de las declaraciones de voluntad respecto de sus emisores, se detecta la existencia de un precepto que llegan a considerar un ejemplo de la consagración de dicha teoría.

De acuerdo con el artículo 1.057, el testador puede disponer mediante una actuación *inter vivos* o *mortis causa* que la partición de su herencia se lleve a cabo, después de su muerte, por persona determinada, siempre que no sea uno de los coherederos. Si centramos nuestra atención en el supuesto de que dicho encargo se realice a través del primer tipo de actos, la norma que estamos examinando permite que el asentimiento se manifieste expresamente o de forma tácita, así como en vida del causante, o una vez acaecido su fallecimiento. Se afirma que la segunda opción es la más frecuente en la práctica, y de la que estos autores entienden que se puede colegir que la intención contractual mantiene su vigencia aun después del deceso del ofertante, por cuanto puede ser aceptada válidamente pese a haber desaparecido esa persona y, finalmente, culminar la génesis contractual<sup>1042</sup>. Si la única posibilidad que ofreciera el legislador fuese la necesidad de que la aquiescencia se formulase antes de tal acontecimiento, hubiese significado que la oferta no gozaría de entidad independiente con relación a su autor.

También se asegura que no podría oponerse que la conclusión anterior obedece a su calificación de negocio *mortis causa*, dado que el mandato conferido sólo desplegará su eficacia después del óbito del proponente. Contraponen que el aserto anterior adolece de una confusión que se resuelve a través de la distinción entre el momento en que se perfecciona un contrato, y el instante en que se puede ejecutar, en función del tipo de prestación requerida. De este modo, la muerte del testador es *conditio sine qua non* para el cumplimiento del encargo, pero, a elección del eventual mandatario, también podrá ser perfeccionado una vez producido

---

<sup>1041</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (op. cit., p. 245) aseguran que no existe ningún precepto en nuestro Código Civil que admita o rechace la autonomía de la oferta con relación a las vicisitudes que puedan afectar la existencia o la capacidad del proponente. Los citados autores entienden que la opción adoptada por la legislación alemana es la más racional, y, ante la notoria laguna expuesta, sugieren la conveniencia de importar dicha solución a nuestro ordenamiento, dado que no se podría oponer ninguna objeción legal. Además, aducen que ninguna norma exige la permanencia de la vida o de la competencia volitiva e intelectual del proponente como soportes de la declaración contractual.

<sup>1042</sup> MORENO QUESADA, “La oferta de...”, cit., pp. 118 a 120.

dicho suceso. Por consiguiente, los prosélitos de la sustantividad de la propuesta contractual primigenia deducen un claro reconocimiento de ese postulado<sup>1043</sup>. Creemos que el razonamiento expuesto alcanza conclusiones bastante acertadas, si bien nos plantea dudas su extensión a las restantes declaraciones de voluntad.

Por último, hemos de traer a colación la oportuna puntualización tempranamente formulada por uno de nuestros más insignes civilistas, en el sentido de que la constatación de la inexistencia de rechazo normativo a la teoría que estamos examinando, así como de la verificación de la aplicación de dicha tesis en la norma analizada previamente, no conduce a afirmar tajantemente que nuestro ordenamiento debe acoger dicha máxima<sup>1044</sup>. No obstante, creemos que refuerza la conclusión de que encuentra perfecta cabida en el mismo, dado que no se enfrenta a ningún obstáculo legal expreso, ni atenta contra los principios que informan el proceso de formación contractual en nuestro sistema, y, en cambio, proporciona certidumbre y firmeza a las relaciones jurídicas, que, lógicamente, contribuirán a su promoción<sup>1045</sup>.

Por consiguiente, MORENO QUESADA recomienda que, ante el vacío legal del que adolece dicho fenómeno en nuestro país, la jurisprudencia patria acoja esta concepción, a fin de que, como parece ser su misión en numerosas ocasiones, la adapte e incorpore a nuestro Derecho positivo. A nuestro modo ver, no sólo nos parece acertada esa sugerencia, sino que avanzamos aún más en esa dirección hasta propugnar su inclusión normativa en el señero Código Civil, al igual que todas las cuestiones que hemos examinado con anterioridad. Tal y como hemos tenido ocasión de exponer, uno de los puntos de partida que hemos adoptado, y que, a través de la presente investigación, igualmente hemos considerado un trascendente corolario se concreta en la patente necesidad de proceder a una sistemática regulación de la génesis contractual, y en la conveniencia de introducir los cambios

---

<sup>1043</sup> MARTÍNEZ GALLEGU (op. cit., pp. 59 y 60) considera, en línea con los restantes partidarios de la tesis innovadora, que nuestro Código Civil no contiene ningún precepto que se oponga a la sustantividad de las declaraciones de voluntad con carácter general, y tampoco de la oferta en especial. No obstante, entiende que el artículo 1.057 reconoce la validez del mandato formado en virtud de una declaración de voluntad, y que subsiste después de la defunción del autor de aquella, por lo que el precepto mencionado constituye un ejemplo de la autonomía de las manifestaciones de voluntad. Sin embargo, pese a que admite esa independencia, aunque con cautelas, señala que el paralelismo apuntado por MORENO QUESADA no es completo. El testamento es un negocio jurídico plenamente eficaz después de la muerte del causante, o que se perfecciona con el óbito, y el encargo de la partición de la herencia a un contador forma parte de las disposiciones para integrar dicho negocio testamentario, mientras que, en el caso que estamos analizando, el oferente muere antes de perfeccionarse el contrato. Por consiguiente, la hipótesis del artículo 1.057 supone la existencia de un negocio válido, frente al proceso de formación en que se encuentra inmersa la oferta aún no aceptada cuyo autor fallece antes de culminar esa etapa.

<sup>1044</sup> MORENO QUESADA, “*La oferta de ...*”, cit., pp. 119 y 120.

<sup>1045</sup> CUADRADO PÉREZ (“*Oferta, aceptación y ...*”, cit., pp. 139 y 140) también puntualiza la afirmación de que el artículo 1.057 del Código Civil suponga la plasmación de la sustantividad de la oferta porque “Los albaceas o contadores tienen una encomienda *post-mortem*, válida en sí como el testamento; su aceptación o no es, a su vez, aceptación de un acto válido y eficaz por la fuerza del testamento. No existe «mandato» ni acto bilateral alguno, sino un acto unilateral válido y eficaz por la fuerza del testamento como negocio jurídico unilateral. La aceptación del contador es, asimismo, otro acto unilateral de modificación jurídica”.

cuya oportunidad se revele en una mejora técnica-jurídica o en una ponderación más adecuada de los intereses en juego<sup>1046</sup>.

### **3. POSTURA ASUMIDA POR LOS ANTECESORES DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

Hemos preferido abordar el examen de este panorama desde una óptica separada de las concepciones doctrinales presentadas en los apartados anteriores porque ninguno de los trabajos internacionales en que se inspira la Propuesta de Modernización contempla la sustantividad de las manifestaciones de voluntad que intervienen en la construcción del contrato<sup>1047</sup>. No obstante, en cuanto a la circunstancia de la extinción de las facultades representativas, hay que puntualizar que los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR abordan la regulación del fenómeno de la representación y, aunque es objeto de una reglamentación independiente a la génesis contractual, se evidencia su estrecha relación con dicho proceso por cuanto aparece situada en el capítulo o sección inmediatamente posterior a los dedicados a la formación contractual<sup>1048</sup>. No debemos extrañarnos de que, en cambio, afronte el estudio de la autonomía de la oferta y aceptación otro de los textos de referencia para un futuro Derecho contractual europeo -el Código Europeo de Contratos, auspiciado por el Grupo de Pavía<sup>1049</sup>-, y, desde este

---

<sup>1046</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 94) señala, muy acertadamente, que la clave del problema que analizamos en el presente epígrafe radica en la búsqueda de una adecuada armonía entre la máxima de la dependencia de las declaraciones de voluntad con relación a su autor y el principio de asegurar una apropiada protección al tráfico jurídico. La tesis tradicional descansa sobre la primera regla, por cuanto mantiene una perspectiva exclusivamente voluntarista, mientras que las excepciones que se admiten en aquellos ordenamientos que no regulan expresamente esta problemática responden al segundo axioma, y, probablemente, a una visión más funcional del contrato.

<sup>1047</sup> MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS (op. cit., p. 621) entiende que, ante las posibles explicaciones para justificar el silencio de los textos internacionales citados, es preferible la opción del respeto a las soluciones nacionales. La interpretación de que ese mutismo responda a la implícita admisión de la vigencia de la oferta se le ofrece ciertamente arriesgada cuando esos instrumentos pretenden unificar criterios y lograr la claridad normativa.

<sup>1048</sup> En la misma dirección, la Propuesta de Modernización del Código Civil también prevé la futura reglamentación de dicha institución en el Capítulo VI, que se integra en el Título II, dedicado a los contratos, mientras el Capítulo II es el que se destina a la formación del contrato. En cualquier caso, la vinculación comentada en el texto de nuestra investigación queda demostrada por la propia rúbrica del mencionado Capítulo VI, “*De la representación en los contratos*”, de modo que la representación se contempla como una figura cuyo ámbito natural de actuación es el contractual. Asimismo, parece que el legislador ha pretendido paliar la laguna existente en el vigente Código Civil, dado que, sin perjuicio de posibles mejoras, aborda una regulación bastante completa en los proyectados artículos 1.282 a 1.293.

<sup>1049</sup> Artículo 18, titulado “*Muerte o incapacidad*”: “*En caso de muerte o incapacidad del oferente o del destinatario, la oferta o la aceptación no pierden su eficacia, salvo si ello está justificado por la naturaleza del asunto o por las circunstancias*”. Hemos de traer a colación que el artículo 21, 4) del *Contract Code* (McGREGOR, op. cit., pp. 44 y 45) admite la sustantividad de la oferta y de la aceptación: “*La oferta no caducará por la muerte o incapacidad del oferente y destinatario sino solamente cuando la situación haya cambiado de tal manera que resulte frustrado el objeto de la oferta de acuerdo con sus términos*”. Tal y como reconocen los redactores del Código Europeo de Contratos, éste se inspira en dos fuentes: el vigente Código Civil italiano y el proyecto realizado por encargo de la *Law Commission* inglesa al profesor McGregor (GARCÍA CANTERO, G., *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Colección Jurídica General, Madrid, 2010, pp. 2 y 3).



momento, hemos de poner de relieve que la redacción seleccionada por la Propuesta de Modernización es muy similar<sup>1050</sup>.

La ausencia normativa sobre un tema tan controvertido, pero, al mismo tiempo, con una repercusión práctica indudable ha provocado que, con relación a ciertos instrumentos, la doctrina haya profundizado en la búsqueda de los motivos que justifican la adopción de esa postura, que, en principio, parece inconsistente con la filosofía subyacente en los mismos. Por lo que concierne a la Convención de Viena de 1980, la falta de atención prestada a esta materia se explica, de nuevo, por la dificultad en lograr una solución consensuada. De hecho, fue una cuestión muy debatida desde el Proyecto de Roma sobre la Formación de Contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales de 1958, que se inclinó por afirmar la sustantividad de la oferta en caso de fallecimiento o incapacidad sobrevenida de su autor después de la emisión de aquélla. Posteriormente, en la Conferencia de la Haya se produjeron agrios debates sobre la materia, pero, a pesar de las notorias discrepancias existentes, no sólo se mantuvo la postura del Proyecto de Roma de 1958, sino que llegaron a ampliarse sus previsiones<sup>1051</sup>.

Igualmente, el eventual reconocimiento de la autonomía de la proposición inicial fue protagonista de enconadas discusiones a lo largo del proceso de elaboración de la Convención vienesa<sup>1052</sup>, pero, finalmente, se decidió que no parecía pertinente su inclusión, dado que podía dificultar enormemente la aprobación final del texto<sup>1053</sup>. Por consiguiente, nos encontramos ante un vacío de la reglamentación contenida en esa trascendente convención internacional, aunque la controversia no finalizó, sino que se trasladó hacia el significado que cabe imputar a dicho mutismo. Esta disyuntiva se desdobló en dos posibles alternativas. Por un lado, un grupo de expertos afirma que estamos ante una laguna normativa, que, en este caso, debe ser colmada a través del ordenamiento jurídico que resulte aplicable en función de las reglas de conflicto que ofrece el Derecho Internacional Privado. Por el contrario, otro sector doctrinal interpreta que el silencio de la Convención

---

<sup>1050</sup> Artículo 1256: “Ni la oferta ni la aceptación pierden su eficacia por la muerte o por la incapacidad sobrevenida de una de las partes ni tampoco por la extinción de las facultades representativas de quien las hizo. Se exceptúan los casos en que resulte lo contrario de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias”.

<sup>1051</sup> El artículo 4.3 del Proyecto de Roma de 1958 rechazaba la caducidad de la oferta cuando sobrevenían el fallecimiento o la incapacidad de su autor después de haber expedido dicha declaración, salvo que dichas incidencias personales implicasen la paralización de la actividad empresarial, en cuyo caso se permite su revocación tan pronto fuera posible. Asimismo, si tales contingencias afectaran al destinatario de la proposición inicial antes de emitir su conformidad, dicha propuesta caducaba. Como evolución del precepto citado, el artículo 11 de la LUF establecía que ni la muerte ni la incapacidad que aquejase a alguna de las partes antes de la perfección del contrato pueden afectar a la formación del mismo, salvo que se deduzca lo contrario de la intención de los intervinientes, de los usos o de la naturaleza del convenio proyectado.

<sup>1052</sup> PERALES VISCASILLAS (“La formación del...”, cit., pp. 470 a 475) añade que un dato que complicó el logro de un acuerdo en la materia fue la introducción de un nuevo supuesto, la quiebra del oferente y del aceptante, dado que reciben soluciones radicalmente diferentes en Derecho comparado. Tampoco lo preveían ni el Proyecto de Roma de 1958, ni la LUF.

<sup>1053</sup> DíEZ-PICAZO, “La formación del...”, cit., pp. 19 y 20.

señalada obedece única y exclusivamente al hecho de que el texto vienés considera que ni la muerte ni la incapacidad sobrevenida del emisor de la oferta constituyen causas de extinción de tal declaración, ya que contempla otros sucesos que sí conducen a dicho resultado.

Se apuntan diversas justificaciones para mantener que estamos ante una manifiesta carencia normativa que nos conduce a buscar la solución en otros textos, entre las que destaca que la Convención de Viena de 1980 no regula la muerte o incapacidad de las partes en ninguno de sus preceptos, por lo que hay que desechar el recurso a la analogía, y, además, no se identifica ningún principio general que pueda dar cumplida respuesta a este interrogante<sup>1054</sup>. Pese a ello, se admite que la subsistencia de la oferta irrevocable es perfectamente defendible en el marco de la Convención vienesa, gracias a la concepción que adopta con relación a dicha declaración contractual<sup>1055</sup>. Igualmente, se señala que otra característica de esa noción es la configuración no personal de la proposición inicial. No podemos perder de vista que los redactores del texto vienés esbozaron un escenario de contratación entre empresas, donde las personas de los declarantes no fuesen determinantes para la culminación del contrato. *Sensu contrario*, si la propuesta contractual reviste carácter *intuitu personae* se admite que esos eventos acarreen su expiración<sup>1056</sup>.

---

<sup>1054</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN (op. cit., p. 11) entiende que el silencio mantenido por la Convención de Viena de 1980 en torno a la sensible materia que constituye el objeto de este epígrafe es completamente intencionado, dada la evolución histórica-legislativa habida, y que hemos relatado anteriormente. Además, esta autora valora las diversas explicaciones doctrinales ofrecidas para subsanar la situación creada, y creemos importante resaltar que ciertos autores entienden que, en puridad, no estamos ante un vacío normativo de la Convención vienesa, porque, en tal caso, debería afectar a un extremo que, en esencia, se regulara por dicho instrumento internacional. Sin embargo, el texto vienés no contempla la defunción y la pérdida de facultades de los declarantes en ninguno de sus preceptos, además de que se trata de una postura voluntaria frente a la reglamentación contenida en sus antecedentes inmediatos (Proyecto de Roma de 1958 y LUF).

<sup>1055</sup> Al igual que ocurre en otros ordenamientos, como los pertenecientes a la órbita del *Common Law*. En esta línea, las Secciones 36, nº 1, d) y 48 del *Restatement (Second) of Contracts* establecen que si acaece la defunción o la pérdida de capacidad de cualquiera de las futuras partes contratantes antes de la aceptación de la oferta, dichas declaraciones de voluntad se entienden caducadas, por lo que no resultan independientes de sus autores. Sin embargo, esta máxima genérica se exceptúa en los casos de propuestas iniciales irrevocables y de contratos de opción acompañados de la *consideration*, de modo que si el proponente o el destinatario atraviesan por los avatares personales indicados con anterioridad al asentimiento, y siempre que la ejecución del contrato sea factible, los representantes del eventual aceptante mantienen el derecho de mostrar su conformidad ante la proposición recibida por su causante –Sección 37–.

<sup>1056</sup> RIERA AISA (op. cit., pp. 314 y 315) expone que los contratos *intuitu personae* son aquellos en que la consideración de la persona de cualquiera de los intervinientes es la razón que mueve a la otra parte a contratar. En este grupo se pueden incluir los que se basan en la afección, los que se apoyan en la confianza y los que se celebran en atención a especiales circunstancias que concurren en una de las futuras partes. A su lado aparecen los denominados contratos *intuitu firmae* o *domi*, en los que el elemento subjetivo decisivo en la relación no es la persona física, sino la firma comercial o la empresa. Asimismo, el citado autor pone de relieve que la distinción entre ambos tipos resulta trascendente, porque en el segundo caso el deceso de cualquiera de los declarantes puede no operar ineludiblemente la extinción del contrato, si la firma comercial continúa su actividad. En consonancia con lo expuesto, el mismo experto contempla posteriormente –op. cit., p. 338– la expiración del contrato con ocasión de que la persona en cuya consideración se celebró el contrato fallezca o incurra en causas de incapacidad que impidan el cumplimiento de la prestación. En idéntico sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (op. cit., p. 66) incluyen como excepción a la expiración de la oferta –y entendemos que también con relación a la aceptación–, los contratos impersonales, en los que su cumplimiento no esté indisolublemente ligado a las personas de los futuros contratantes. Además, encontramos argumentos normativos en los artículos 280 del Código de Comercio y 27 de la Ley 12/1992, sobre contrato de agencia, dado que las relaciones que se generan están basadas en la confianza.

En cuanto a los Principios Unidroit, los estudiosos que se han volcado en su análisis destacan que el fallecimiento o la pérdida sobrevenida de las facultades del oferente acaecidos antes de la perfección contractual han de permanecer al margen de dicha regulación, debido a su ámbito objetivo, que se concreta en los contratos comerciales internacionales<sup>1057</sup>. La hipótesis más frecuente es que el proceso de formación contractual se desenvuelva entre empresas, normalmente de grandes dimensiones, de modo que ninguna de las dos circunstancias indicadas puede paralizar la actividad de las mismas. A nivel hipotético, los expertos hubieran estimado apropiado contemplar su regulación en el caso de empresarios individuales, en el sentido de prever la extinción de las propuestas formuladas por aquéllos. Sin perjuicio de la premisa anterior, también valoran adecuado que se respetasen como excepciones las ofertas irrevocables y las realizadas dentro del giro ordinario de la actividad empresarial o negocial<sup>1058</sup>.

Por lo que concierne a los PECL y al DCFR, la doctrina afirma que, como en última instancia, encuentran su inspiración mediata en la Convención de Viena de 1980, tampoco contemplan intencionadamente la problemática de la sustantividad de la oferta –ni de cualquiera otra declaración contractual–, mientras regulan detenidamente un elenco de causas de expiración de la proposición inicial –retirada, revocación, rechazo, transcurso del plazo para la aceptación y respuesta del destinatario comprensiva de modificaciones sustanciales–<sup>1059</sup>. En el otro extremo nos encontramos con el Código Europeo de Contratos, otro de los proyectos doctrinales que aspira a servir de guía o modelo en el proceloso camino hacia la posible –y, a nuestro juicio, deseable– unificación del Derecho contractual europeo. Sin embargo, no ejerció ninguna influencia en los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil, según las afirmaciones que éstos realizan en la propia Exposición de Motivos de dicho texto<sup>1060</sup>.

---

<sup>1057</sup> Por tanto, hemos de acudir al derecho nacional aplicable según las normas de conflicto del Derecho Internacional Privado, pero, como señala RODRÍGUEZ GUITIÁN (op. cit., pp. 12 y 13), no será un inconveniente la divergencia de los remedios previstos por los diferentes ordenamientos en torno a la muerte –o incapacidad sobrevenida– del oferente como posible causa de extinción de la proposición inicial. El motivo radica en que, tal y como hemos visto, en el caso de empresas, e incluso empresarios individuales, ya sea como regla general en el primer caso, ya sea por vía de excepción en el segundo, se acaba defendiendo la subsistencia de esa propuesta. No obstante, se admite como una excepción frente a dicha particularidad el caso de los empresarios de pequeñas dimensiones.

<sup>1058</sup> DE CUEVILLAS MATOZZI, “*La oferta contractual...*”, cit., pp. 239 y 240.

<sup>1059</sup> Cabe extender la misma conclusión al *Feasibility Study* y a la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea, por cuanto ambos trabajos prelegislativos derivan del DCFR.

<sup>1060</sup> La lectura de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Modernización del Código Civil no excluye el influjo del Código Europeo de Contratos, sino que no incluye dicho texto entre las referencias que enumera. En este sentido, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., (“La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta”, VVAA *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Director ALBIEZ DOHRMANN, Atelier, Barcelona, 2011, p. 23) confirma que no puede reconocerse la presencia del Texto de Pavía en la citada Propuesta de Modernización, por lo que, en nuestro país, ese proyecto de código reviste un valor meramente testimonial, pese a que encontramos importantes juristas españoles entre sus más destacados promotores.

No obstante el aserto anterior, el enfoque y tenor literal con el que la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Código Europeo de Contratos abordan el reconocimiento de la autonomía de las dos manifestaciones de voluntad contractual frente a dos vicisitudes de índole estrictamente subjetiva que pueden aquejar a los autores de las mismas, se encuentran muy cercanos –muerte e incapacidad sobrevenida-. Las dos únicas divergencias que merecen ser resaltadas se refieren a que la Propuesta de Modernización, por un lado, acompaña el término “incapacidad” del adjetivo “sobrevenida”, y, por otro, incluye la contingencia de la extinción de las facultades representativas del oferente y destinatario. Naturalmente, estimamos que la primera discrepancia no es trascendental, porque se puede sobreentender<sup>1061</sup>, pero la opción elegida por la Propuesta de Modernización ayuda a delimitar perfectamente el supuesto, que soporta sobradas luces y sombras a su alrededor, por lo que creemos que es la correcta.

La segunda desavenencia apuntada goza de mayor calado, por cuanto implica ampliar las incidencias ante las que las dos declaraciones de voluntad prototípicas en la génesis contractual revelan fuerza suficiente para subsistir. Por otra parte, a diferencia de las otras dos previstas, esta novedosa eventualidad reviste una esencia marcadamente objetiva. Sin perjuicio de las disimilitudes expuestas, creemos que resulta sensato concluir que el ascendente de los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil en esta específica materia hay que situarlo precisamente en el Código Europeo de Contratos. Asimismo, hemos de traer a colación los desacuerdos que surgieron en el seno de la Academia de Pavía en el momento de afrontar la elaboración del precepto en cuestión. Frente al reconocimiento sin cortapisas que recoge la norma proyectada respecto a la sustantividad de la oferta -y de la aceptación-, ciertos miembros plantearon la oportunidad de distinguir el resultado en función de que la oferta fuera o no revocable.

Este minoritario sector, encabezado por dos ilustres civilistas españoles, juzgaba indiscutible la defensa de la sustantividad de la proposición inicial en el caso de que el ofertante renunciara voluntariamente a la facultad que ostenta de retractarse de la misma, pero apreciaba que no podía predicarse dicha solución en

---

<sup>1061</sup> Parece lógico que el detrimento de las facultades del oferente y aceptante al que nos referimos en la problemática que abordamos en el presente epígrafe es aquel que acontece en el periodo que media entre la emisión y expedición de cualquiera de las declaraciones que realicen dichos sujetos y la perfección contractual. De este modo, dicha vicisitud se produce con carácter sobrevenido a la formulación de dichas manifestaciones. En caso de que dicha incidencia aquejara a cualquiera de los intervinientes antes de que exterioricen su voluntad, nos encontraríamos con la expresión de una propuesta contractual o de una aquiescencia por un individuo que no goza de la capacidad suficiente, y, por consiguiente, nos situaríamos frente a la clásica institución de los vicios de la voluntad, cuyo remedio legal es la posible anulación del contrato resultante. Cfr. LACRUZ BERDEJO (*“Elementos ...”*, cit., pp. 355 y 356), quien, entre otras cuestiones, asegura que los contratos realizados por los incapacitados son anulables, aun cuando se hayan culminado en un intervalo lúcido.

caso de que aquél no desechara semejante posibilidad<sup>1062</sup>. De acuerdo con la exposición desarrollada en los apartados precedentes, este reducido grupo de especialistas se acercaba en gran medida a la concepción tradicionalmente imperante en esta materia. Finalmente, triunfó una alternativa que no sólo se enmarca en el seno de la denominada tesis innovadora, sino que la sobrepasa, dado que también sostiene la autonomía de la aceptación. Además, hemos de resaltar la novedad que entrañan las dos excepciones presentadas por el Texto de Pavía – naturaleza del negocio y otras circunstancias-<sup>1063</sup>, ya que, en principio, no guardan afinidad alguna con las exclusiones perfiladas tradicionalmente por la doctrina<sup>1064</sup>, ni con las admitidas por los cuerpos legislativos que se incardinan en una visión más innovadora de esta problemática<sup>1065</sup>.

#### **4. VALORACIÓN DE LA OPCIÓN ADOPTADA POR LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN**

En la misma medida que hemos indicado para el Código Europeo de Contratos, y, obviamente, debido al influjo que entendemos que ha ejercido sobre la Propuesta de Modernización del Código Civil, este proyecto de reforma prelegislativo culmina la evolución iniciada por los autores que, sin perjuicio de asumir la máxima tradicional de la ausencia de sustantividad de la oferta, propusieron la flexibilización de su alcance a través de la introducción de supuestos particulares en los que admitían la supervivencia de la proposición inicial ante el fallecimiento o la pérdida de facultades de su autor. Con idéntico objetivo, también sugirieron la conveniencia de diferenciar las consecuencias derivadas de tales sucesos mediante la invocación del principio general de la buena fe<sup>1066</sup>.

---

<sup>1062</sup> RODRIGUEZ GUITIÁN (op. cit., p. 17) explica que los dos eminentes civilistas españoles eran GARCÍA CANTERO y DE LOS MOZOS, J.L.

<sup>1063</sup> El origen último de los dos supuestos particulares previstos por el Código Europeo de Contratos se localiza en los artículos 1.329 y 1.330 del Código Civil italiano. De acuerdo con la consideración del citado cuerpo legal como uno de los dos modelos en los que se apoyaron los redactores de esta propuesta doctrinal, parece lógico que se acudiera a los preceptos mencionados. No obstante, hemos de recordar que el citado referente italiano parte de la regla general de la ausencia de sustantividad de la oferta si acontecen la defunción o la incapacidad de su autor antes de la conclusión del contrato, que se infiere mediante una exégesis *a contrario* de las normas indicadas. No obstante, consagra la vigencia de la propuesta inicial cuando ésta revista naturaleza irrevocable y cuando se realice por un empresario en el ejercicio ordinario de la empresa. Sin embargo, prevé que estas dos singularidades no excluyan la expiración de dicha declaración –ni del asentimiento formulado por el destinatario si su emisor actúa en el tráfico ordinario de la empresa- cuando así se deduzca de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias –y en el supuesto de la declaración emitida por un empresario, cuando la empresa o negocio sea de reducidas dimensiones-. En conclusión, las exclusiones previstas por el Código Europeo de Contratos se basan en las excepciones a las excepciones recogidas por su ascendente.

<sup>1064</sup> Ofertas irrevocables y las formuladas por un empresario en el ámbito propio de la compañía o del negocio.

<sup>1065</sup> El B.G.B., el A.B.G.B. y el Código Civil portugués exceptúan la subsistencia de la oferta cuando se pueda inferir fundadamente que la voluntad del proponente era la expiración de la misma en caso de que aquél falleciera o deviniera incapaz, mientras que el B.W. no alude a exclusión alguna. Por otra parte, el Código Civil italiano mantiene la pervivencia de la aceptación –al igual que la de la oferta- en el supuesto de que se formule en el ámbito empresarial.

<sup>1066</sup> GONZÁLEZ GOZALO (“La formación ...”, cit., p. 692) también sostiene la aplicación de ese axioma con relación al fallecimiento o incapacidad que sobrevengan al destinatario, de suerte que el comportamiento del oferente que conoce esas incidencias puede servir como criterio para determinar la permanencia o no de la oferta. El citado autor entiende que el oferente puede propiciar la extinción o vigencia de su iniciativa si les comunica a los herederos del destinatario que la considera extinguida a consecuencia de los avatares acaecidos, salvo en el supuesto de que sea irrevocable. Además, este

Posteriormente, la tesis innovadora supuso la consagración del axioma opuesto a la regla tradicionalmente mayoritaria, pero la plasmación legal limitó su aplicación, generalmente, a la manifestación de la voluntad del ofertante.

Como ya avanzamos, la Propuesta de Modernización del Código Civil –y el Código Europeo de Contratos– continúa la orientación patrocinada por la corriente doctrinal más moderna. De hecho, avanza en ese camino hasta equiparar la declaración de conformidad emitida por el destinatario con la proposición primigenia en cuanto a su autonomía respecto a ciertas coyunturas personales por las que pueden atravesar los autores de las mismas<sup>1067</sup>. Además, ambos textos contemplan este fenómeno desde la repercusión que el deceso o la incapacidad sobrevenida conllevan no sólo respecto a los emisores de dichas declaraciones, sino también con relación a la contraparte. De este modo, se defiende la sustantividad de la oferta tanto cuando esas dos incidencias aquejen a la persona de su autor, como si el afectado es su destinatario. Correlativamente, también la aceptación se desliga del óbito y de la incapacidad que sobrevengan al sujeto que la formula o al oferente<sup>1068</sup>.

Debemos reconocer que, con anterioridad, el Código Civil austriaco y el holandés afirmaron la subsistencia de la propuesta inicial pese a que, después de su emisión, fallezcan el ofertante o el receptor de aquélla, es decir, ante la defunción de cualquiera de los futuros contratantes, pero no contemplan el mismo resultado en relación a la aquiescencia del destinatario<sup>1069</sup>. En este punto concreto, ambos cuerpos legales se separan de su modelo –el B.G.B.–, ya que éste no se pronuncia

---

experto entiende que el silencio del proponente ante el requerimiento de los herederos sobre la subsistencia o no de la propuesta inicial debe interpretarse a favor de dicha persistencia, porque el deber de buena fe le obliga a pronunciarse expresamente. Por la misma razón, sería defendible la perfección del contrato si los sucesores aceptan el ofrecimiento contractual y su autor no les manifiesta sin dilación que lo consideraba extinguido.

<sup>1067</sup> En este sentido, debemos indicar que ni el B.G.B., ni los restantes cuerpos legislativos que encuentran en el mismo su fuente de inspiración –A.B.G.B., B.W. y Código Civil portugués– se ocupan de la independencia de la aceptación con relación a las incidencias personales que pudieran afectar a su autor antes de la perfección del contrato.

<sup>1068</sup> FERRÁNDIZ GABRIEL (“La formación del contrato en la Propuesta para la Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, Boletín del Ministerio de Justicia, año LXV, núm. 2131, mayo 2011, p. 15) afirma que uno de los aspectos trascendentales que nuestro Código Civil debería haber afrontado es el de la sustantividad de las declaraciones de voluntad una vez emitidas, y que ese silencio genera dudas. Asimismo, también detalla que ni la Convención de Viena de 1980 ni el DCFR se pronuncian específicamente sobre la independencia de las manifestaciones recepticias ante ciertas circunstancias que pueden afectar a quienes las emiten. Además, el citado autor confirma que la Propuesta de Modernización del Código Civil sí ha afrontado esta cuestión en el artículo 1.256, mediante el establecimiento de la regla general que ya hemos indicado en nuestra investigación, así como que extiende dicha pauta para un supuesto similar, cual es la extinción de las facultades representativas del sujeto que las formula. Por último, señala que dicha Propuesta de Modernización introduce una excepción bastante abierta –naturaleza del negocio u otras circunstancias–.

<sup>1069</sup> Por otro lado, hemos de tener presente que el A.G.B.G. contempla que la permanencia de la propuesta inicial pese al óbito o a la incapacidad sobrevenida de cualquiera de los intervinientes no procederá si la voluntad del proponente era contraria a dicha persistencia, bien porque aquél lo hubiera previsto explícitamente, bien porque, como será lo habitual, se infiera de las circunstancias. En la versión original del Código Civil austriaco, de 1.811, se afirmaba que la oferta no era transmisible *mortis causa* a los herederos ni del ofertante ni del destinatario, pero se llegó a la redacción actual con ocasión de una serie de enmiendas al citado cuerpo legal en los años posteriores a su promulgación. Por su parte, el B.W. sólo admite la subsistencia de la oferta después del deceso o pérdida de las facultades que afecte a cualquiera de los futuros contratantes si el contenido de esa declaración no lo desmiente, como en el caso de que la proposición esté vinculada a la esfera personal de su autor.

sobre la supervivencia de la iniciativa contractual emitida por el primer declarante en caso de que acontezca la muerte de su receptor<sup>1070</sup>. En esta línea, reputados autores germanos estiman acertada la postura sostenida por el Código Civil alemán, dado que consideran que no puede preconizarse la subsistencia de dicha iniciativa si fenece el eventual aceptante, porque es la única persona designada por el oferente para aceptar el contrato propuesto<sup>1071</sup>.

En contraposición, otros estudiosos señalan que no es acertado mantener categóricamente la expiración de la oferta siempre que fallezca su destinatario, sino que se deberían valorar los expresos designios del autor de la primitiva proposición, y, subsidiariamente, el sentido ecuaníme que se debe imputar a su declaración. Por consiguiente, si la voluntad explícita o la inferida confirman que el ofertante sólo deseaba celebrar el contrato con el receptor originario, y no con sus herederos, la propuesta que formuló se extinguirá, pero no sería adecuado apoyar esa radical consecuencia en caso contrario<sup>1072</sup>. Otros especialistas sugieren que tampoco podría defenderse ese efecto cuando el eventual aceptante es un empresario, porque el verdadero destinatario es la compañía o el negocio, que, lógicamente, no fallecen, salvo en el supuesto de empresas de reducidas dimensiones.

Asimismo, se apunta que, a diferencia de lo que ocurre con relación a la oferta, el carácter revocable o irrevocable de ésta no nos auxilia en la tarea de interpretar la verdadera intención del proponente, porque no podemos inferir de esa circunstancia su propósito de mantener o no su ofrecimiento también frente a los sucesores del destinatario original<sup>1073</sup>. Por último, se advierte que la admisión de la transmisibilidad de la potestad de asentir ante una propuesta contractual puede comportar claras desventajas para el autor de tal proposición, como en el supuesto de que la solvencia de los descendientes del teórico aceptante sea inferior a la de su antecesor. En este caso, creemos que se le debería brindar al oferente la posibilidad de decidir la permanencia o no de su iniciativa<sup>1074</sup>.

---

<sup>1070</sup> En esta dirección, el Código Civil portugués, que se integra en la órbita de influencia del B.G.B., prevé expresamente que la muerte o la incapacidad del destinatario implican la extinción de la oferta –artículo 231, nº 2-.

<sup>1071</sup> FLUME (op. cit., p. 758) describe que, en el primer borrador del B.G.B., se equiparaba la muerte o incapacidad sobrevinida del destinatario al supuesto en que el sujeto afectado fuese el oferente, aunque se suprimió en el segundo proyecto, por cuanto a sus redactores les suscitaba dudas que, como consecuencia de dicha contingencia, se entendiera que la propuesta se dirigiría a los sucesores del eventual aceptante. Este autor considera que, al igual que con relación a la proposición inicial, el dato relevante se sitúa en la determinación de si, conforme al contenido de dicha declaración, el contrato sólo puede perfeccionarse con la persona del primitivo receptor, por lo que la subsistencia o no de la primera declaración de voluntad debe decidirse caso por caso. Sin embargo, a diferencia del resultado ante la defunción del proponente, se debe optar por la no pervivencia de la primitiva propuesta si no se alcanza una presunción razonable acerca del sentido de ésta.

<sup>1072</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, op. cit., p. 35.

<sup>1073</sup> GONZÁLEZ GOZALO ("*La formación ...*", cit., pp. 691 y 692) expone que estamos ante un nuevo conflicto de intereses, que surge entre el derecho del oferente en cuanto a la elección de la persona con quien contratar y las expectativas de los sucesores del destinatario inicial respecto a la culminación del proceso contractual.

<sup>1074</sup> Esta matización nos acerca, de nuevo, a la valoración del componente *intuitu personae*. En este sentido, RODRÍGUEZ GUTIÁN, op. cit., pp. 35 y 36. Por otra parte, FLUME (op. cit., pp. 757 y 758) explica que las vicisitudes personales que

Por último, hemos de hacer alusión a que la Propuesta de Modernización del Código Civil también afirma la persistencia de la iniciativa contractual del ofertante y de la respuesta que formule su destinatario en el supuesto de que los sujetos que las emitan hayan actuado mediante el apoderamiento, general o específico, que les haya sido conferido por un tercero, y dicha autorización se extinga antes de que se alcance la perfección del contrato propuesto. Tal y como hemos avanzado, ninguno de los textos de Derecho uniforme de los que dicha Propuesta de Modernización se sirve como guía o modelo contempla la autonomía de tales declaraciones de voluntad, por lo que, obviamente, tampoco abordan el examen de esta hipótesis. Además, cabe destacar que tampoco la afronta el Código Europeo de Contratos, al que reconocemos como el precursor de la citada Propuesta de Modernización en este aspecto, ni los ordenamientos jurídicos que han resuelto expresamente esta problemática en sus normas.

En consecuencia, no contamos con ningún referente con el que podamos contrastar la posición de la Propuesta de Modernización, pero, en cualquier caso, creemos que se trata de una hipótesis que encaja en la lógica jurídica de la institución que estamos examinando, sobre todo, si nos situamos en el ámbito de la contratación entre empresas. A tales efectos, hemos de tener en cuenta que la Propuesta de Modernización del Código Civil contempla diversas causas de expiración de las facultades representativas que no obedecen ni a la defunción ni a la pérdida de la capacidad por parte del poderdante, aunque también prevé que esas dos vicisitudes ostenten dicha condición<sup>1075</sup>. De hecho, amplía el catálogo de incidencias personales e incorpora la prodigalidad. Sin embargo, también introduce un nuevo matiz, dado que exige la declaración judicial de la incapacidad y de la prodigalidad padecida inopinadamente por cualquiera de los intervinientes<sup>1076</sup>.

A nuestro modo de ver, la situación que ilustraría la indiscutida admisión de esta proyectada norma nos sitúa en la hipótesis de que el titular del negocio habilite a otro empleado a fin de que le auxilie en el desempeño de sus funciones mediante la realización de actuaciones propias del giro o tráfico de la empresa. De este modo, parece adecuado que tanto la propuesta contractual formulada por el apoderado como la conformidad prestada por éste ante la proposición recibida subsistan pese

---

pueden aquejar al oferente no resultan importantes sólo para sus herederos, sino también para el eventual aceptante, quien puede querer celebrar el contrato sólo con el proponente en persona, cuestión que puede colegirse del sentido y contenido de la declaración de conformidad. El citado autor sugiere como ejemplo el caso de un contrato crediticio por parte del aceptante, y entiende que el § 153 no resuelve este supuesto. Por consiguiente, la relevancia patrimonial de las prestaciones que asumen los intervinientes también sirven para dirimir la controversia sobre la independencia de las declaraciones de voluntad respecto a las incidencias personales que puedan aquejar a sus respectivos autores en el curso de la génesis contractual.

<sup>1075</sup> Artículo 1.293 de la Propuesta de Modernización del Código Civil.

<sup>1076</sup> A diferencia de lo que opinamos con relación a la subsistencia de las declaraciones de voluntad ante la incapacidad sobrevinida que afecte a cualquiera de sus autores, por cuanto la Propuesta de Modernización no exige la declaración judicial de incapacidad.



a la desaparición del poder habilitante que las sustentó en el momento de su emisión, siempre que se circunscriban al objeto señalado<sup>1077</sup>. En este escenario, el otorgante que no desee mantener la oferta lanzada por su representante podrá retirarla si el destinatario todavía no la ha recibido o, en tal caso, revocarla. Si la declaración de voluntad afectada por el cambio de criterio del representado fuese la conformidad emitida por el mandatario, podrá ejercitar la primera opción<sup>1078</sup>.

Para finalizar, sólo nos resta reiterar que, en esencia, valoramos completamente acertada la opción seguida por la Propuesta de Modernización del Código Civil, en la medida en que, a nuestro modo de ver, efectúa una composición de los intereses en juego más acertada y proporcional que la que se obtiene de la concepción acogida por la tesis tradicionalmente mayoritaria en la materia que nos ocupa<sup>1079</sup>. Además, la elección adoptada por la citada Propuesta de Modernización es la que, a nuestro juicio, encuentra mejor acomodo con la nueva concepción del contrato que preconiza, por lo que hubiese resultado ciertamente incoherente que acogiese la tesis tradicionalmente mayoritaria en el ámbito de los ordenamientos latinos. Asimismo, también entendemos que los argumentos jurídicos facilitados por las diversas aportaciones doctrinales que hemos examinado en este epígrafe ofrecen un soporte fundado y razonado, que, en nuestra opinión, permite defender la primacía de la tendencia innovadora<sup>1080</sup>.

---

<sup>1077</sup> Asimismo, creemos que se debería exceptuar el caso de las empresas o negocios de reducidas dimensiones.

<sup>1078</sup> Creemos que las conclusiones que acabamos de exponer se encuentran en consonancia con los efectos que la Propuesta de Modernización prevé para el supuesto de que el sujeto que otorgó el poder -es decir, el representado- sea el fallecido o el que deviene incapaz -artículo 1.293, nº 1, d)-. En el primer caso, el apoderamiento persiste si hubiera sido otorgado en el entorno de la actividad empresarial del poderdante. En el segundo caso, la citada Propuesta de Modernización también propugna la permanencia de la delegación conferida si se refiere a actos que, según la declaración judicial de incapacitación o de prodigalidad, pueda realizar por sí solo el otorgante, si éste previó en el poder la continuación de su vigencia, o si éste confirió el apoderamiento para el caso de su incapacidad. Sin embargo, será más discutible la extensión de la persistencia de las declaraciones de voluntad en este supuesto cuando los intervinientes no reúnan la condición de empresarios o comerciantes.

<sup>1079</sup> Como hemos expuesto pormenorizadamente durante el curso del presente epígrafe, la teoría mayoritaria consagra el respeto absoluto a la voluntad de los herederos de los intervinientes en el proceso de construcción del contrato, mientras que la tesis más moderna, seguida por la Propuesta de Modernización, prioriza la protección del tráfico jurídico y pretende estimular la contratación, lo que, normalmente, supone amparar la posición del destinatario de la oferta. En esta dirección, RODRÍGUEZ GUTIÁN (op. cit., p. 5) pone de relieve que la fórmula prevista en el artículo 1.256 de la Propuesta de Modernización es totalmente conforme con la finalidad principal que la misma describe en la Exposición de Motivos: facilitar la contratación, a través de una nueva regulación de la fase de formación del contrato, lo que implica la supresión de ciertas restricciones actualmente existentes.

<sup>1080</sup> Con una anticipación en el tiempo digna de encomio, GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., pp. 94 y 95) señala que, ante la inexistencia de normas en nuestro ordenamiento que favorezcan decididamente una u otra de las dos tesis existentes y el difícil reconocimiento de ciertos razonamientos jurídicos en que se basan, apunta que serán razones de política jurídica las que determinen la protección prevalente de alguno de los intereses en juego. Asimismo, la citada autora entiende que la solución más adecuada se alcanzará desde la constatación de la evolución del concepto de contrato, a lo largo de la que se ha venido superando el rígido voluntarismo tradicional, y se ha reemplazado por una perspectiva más funcional del mismo, en la que se le concibe como un instrumento de la vida social -la citada experta se inspira en GHESTIN, *Traité de Droit civil. Les obligations. Le contrat: Formation*, 2º ed. Paris, 1988, p. 238-. Por consiguiente, desde la óptica señalada, no sólo se han de admitir las denominadas excepciones por la doctrina tradicionalmente mayoritaria, sino que se deben ponderar otros supuestos en los que, al haberse generado expectativas merecedoras de tutela y salvaguarda, la oferta llegue a adquirir una virtualidad jurídica suficiente para configurarse como una manifestación de voluntad que incida en el devenir social y jurídico. A nuestro modo de ver, no sólo son plenamente correctas las conclusiones expuestas, sino que han de extenderse a todas las declaraciones de voluntad inmersas en la génesis contractual. En la misma dirección, hemos de referirnos a DORAL GARCÍA, J.A., "La concepción del contrato en el Derecho Europeo y su proyección en la Propuesta de

En cualquier caso, creemos que no se podrá negar la acuciante necesidad de que la controversia sobre la posible sustantividad de las declaraciones contractuales formuladas en el seno de la construcción de un contrato ha de recibir una respuesta normativa, aun cuando nos limitemos a argüir los trascendentes efectos prácticos que se derivan de la misma<sup>1081</sup>. En cuanto a las dos excepciones que la norma proyectada por la Propuesta de Modernización ha previsto con relación a la sustantividad de las dos declaraciones de voluntad habitualmente presentes en la génesis contractual, se ha reprochado que se trata de conceptos indeterminados y no rigurosamente jurídicos, a menos que se refieran a los contratos *intuitu personae*<sup>1082</sup>.

Sin embargo, el criterio referido a la naturaleza del negocio es un factor al que tanto ciertos cuerpos legislativos como las diferentes propuestas para la modernización y armonización del Derecho contractual europeo recurren con asiduidad. Además, creemos que es mucho más concreto y preciso que otras pautas sancionadas legalmente para solventar esta controversia<sup>1083</sup>. En cuanto al canon relativo a otras circunstancias, hemos de reconocer que admite la censura señalada, si bien creemos que se adapta a las dificultades que encierra esta problemática.

---

Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, VVAA *Derecho Privado europeo y la modernización del Derecho Contractual en España*, Director ALBIEZ DOHRMANN, K. J., Atelier, Barcelona, 2011, p. 108 y ss.), quien reflexiona sobre la observación de la noción del contrato desde un doble plano, como acuerdo de voluntades y como cauce para operaciones económicas y/o socialmente útiles.

<sup>1081</sup> MORENO QUESADA, “La oferta de ...”, cit., pp. 94 y 95 y CUADRADO PÉREZ, “La formación ...”, cit., p. 227.

<sup>1082</sup> ROGEL VIDE, “En torno a la conclusión de los contratos”, *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al profesor D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Director VATTIER FUENZALIDA, C. et al. T. I, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 223.

<sup>1083</sup> A nuestro juicio, la determinación de la voluntad del declarante es una labor mucho más compleja y difusa. Vid. las críticas formuladas por FLUME (op. cit., pp. 756 y 757), y, en especial, la sugerencia de la simplificación de la polémica generada en orden a elegir la vía para concretar el propósito del interviniente fallecido o que ha devenido incapaz. El autor germano propone limitar la excepción a la permanencia de la oferta después de los avatares mencionados a los casos en que el destinatario pueda percibir que la virtualidad de esa propuesta se circunscribe a la conclusión del contrato únicamente con su autor.

## CAPÍTULO SEXTO

### LA CULMINACIÓN DEL ITER FORMATIVO CONTRACTUAL

#### I. EL MOMENTO DE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

##### 1. PRECISIONES CONCEPTUALES Y TERMINOLÓGICAS PREMILINARES

El proceso de formación de un contrato, con independencia de su naturaleza, puede gozar de una simplicidad absoluta o, por el contrario, adolecer de una complejidad que conduzca a que se configure como una ardua tarea la identificación de las dos declaraciones paradigmáticas de acuerdo al esquema bilateral clásico en la dogmática tradicional<sup>1084</sup>. En este sentido, constituye una contingencia totalmente natural que una de las partes formule y expida una proposición inicial, y, a partir de ese momento, surjan diversas manifestaciones: una contraoferta, una nueva propuesta que incorpore alguna de las modificaciones sugeridas por el destinatario, otra contrapropuesta, y la definitiva declaración de conformidad. No obstante, la eficacia de esta última expresión de voluntad puede verse obstaculizada debido a su retirada por el eventual aceptante mediante una comunicación que recibiría el oferente primigenio antes o al mismo tiempo que la aquiescencia expedida<sup>1085</sup>.

El grado de dificultad señalado obedece al transcurso de un lapso temporal, durante el que los intervinientes se intercambian toda clase de comunicaciones dirigidas a la culminación del convenio final en el sentido más favorable para sus respectivos intereses. Este hecho responde a la circunstancia de que los futuros contratantes disfrutan de un plazo de tiempo significativo para experimentar y expresar el cambio operado con relación a su primitiva opinión, a través, por ejemplo, de la retirada o revocación ulterior del proyecto de contrato propuesto, de la formulación de modificaciones sustanciales al mismo o del retiro del asentimiento prestado<sup>1086</sup>. Por consiguiente, la clave para valorar la facilidad o, en cambio, el

---

<sup>1084</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (*Derecho de Obligaciones en Europa. Algunos rasgos de la evolución en las dos últimas décadas*, Bosch, Barcelona, 2013, pp. 61 y 62) señala que todos los códigos del siglo diecinueve denotan una concepción del contrato como un suceso de carácter instantáneo. La única excepción la configuraban los contratos perfeccionados mediante un sistema de oferta y posterior aceptación, en el sentido de no simultánea, es decir, los contratos *inter absentes*. Asimismo, pone de relieve que dichos cuerpos legales padecen una ausencia total de reglamentación acerca de las relaciones mantenidas entre las partes en la fase previa a la perfección del contrato, que, actualmente, denominamos negociaciones o tratos preliminares.

<sup>1085</sup> DÍEZ-PICAZO ("La existencia del contrato", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 39, Madrid, 2009, pp. 179 y 180) parte de que la determinación de tal acontecimiento jurídico debería ser una cuestión sencilla, pero constatar cuando un contrato se ha celebrado o formado y cuando no es un interrogante que se ha complicado extraordinariamente. El citado autor aduce la especial complejidad que han ido adquiriendo muchas negociaciones como un posible factor de la situación escrita.

<sup>1086</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ ("La autonomía de la voluntad y la evolución de las formas de prestar el consentimiento", *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo IV *Otras formas de expresión*, Consejo General del Notariado, 2012, pp. 18 a 20) alude a la intensa atención que a

posible entorpecimiento a la hora de alcanzar la conclusión de un contrato radica en el margen temporal que transcurra entre las declaraciones de voluntad básicas emitidas por los sujetos implicados en su negociación.

La mayor incidencia de dicho factor implica una probabilidad superior de que no se logre el objetivo final, esto es, la celebración de un acuerdo con valor contractual<sup>1087</sup>. Desde una perspectiva histórica, reviste una lógica palmaria que, en la época de la promulgación de los dos Códigos decimonónicos más reseñables en nuestro país -el Civil y el de Comercio-, se asociara sin asomo de duda el elemento temporal a la distancia física existente entre el ofertante y el destinatario de la proposición primigenia. Si las partes se hallaban presentes en el mismo lugar, parece natural que se dedujera que no mediaría un periodo apreciable entre la iniciativa contractual y la consiguiente contestación. Por el contrario, en la hipótesis de que los futuros contratantes estuvieran situados en lugares diferentes, dada la limitación de los medios de comunicación existentes, se configuraba acertada la conjetura de que las negociaciones previas se extenderían en el tiempo<sup>1088</sup>.

Por consiguiente, la tesis tradicional instauró una clasificación que diferenciaba los procesos contractuales entablados entre personas presentes -en los que las manifestaciones de voluntad se producían sin solución de continuidad-, y aquellos casos en que los intervinientes se encontraban ausentes, dado que implicaban el transcurso de un intervalo temporal entre las proposiciones y sus respuestas. Pronto se puso de manifiesto que la utilización del término “ausentes” no era apropiada, por cuanto alude a una categoría con entidad propia en el Código Civil, cuyo presupuesto de hecho no se corresponde con el desarrollo de unos tratos preliminares al objeto de lograr el consenso necesario para alcanzar el convenio definitivo<sup>1089</sup>. La sugerencia doctrinal fue reemplazar dicho concepto por el vocablo

---

la «formación del contrato» dedican los diversos proyectos de codificación europea, de carácter académico, que contrasta llamativamente con el silencio de los códigos. De este modo, se subsana la simplificación consistente en entender que las declaraciones de voluntad por las que se concierta el contrato son una especie de decisión casi irreflexiva, o un producto espontáneo, antes del cual está «la nada». Este autor se refiere al modelo presente en los códigos como un diseño esquemático, según el cual las declaraciones de voluntad parecen ser fruto de un breve cruce de conversaciones. En cambio, la realidad de nuestros días acredita que, en la mayor parte de los casos -sobre todo, en relaciones entre empresas-, los contratos son consecuencia de intensas, complejas, costosas y duraderas negociaciones preliminares, en las que las partes formulan abundantes declaraciones de voluntad.

<sup>1087</sup> Los comentarios introductorios de ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 150) ponen de manifiesto que la incidencia de la contratación entre personas alejadas materialmente era muy alta en la época de su trabajo (1958), sobre todo en el ámbito mercantil, donde los comerciantes concluían la mayor parte de sus operaciones por medio de cartas, telegramas y llamadas telefónicas. Asimismo, señalan que en el Derecho Civil también tenía interés el examen de la contratación entre personas distantes, si bien el volumen de contratación era menor.

<sup>1088</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., pp. 148 y 149) explican que la generalidad de la doctrina española se refiere a los contratos entre ausentes o por correspondencia. El empleo de esta última expresión abarca todas las relaciones que mantienen personas apartadas entre sí, ya sea en forma escrita (carta y telégrafo), oral (teléfono) y mixta (mandato o por mensaje). Sin embargo, los citados autores a estiman incorrecta porque el sentido usual y corriente del término “correspondencia” se identifica con la comunicación por carta u otro escrito análogo, en todo caso, con la telegráfica.

<sup>1089</sup> Hemos de destacar que ni el Código Civil ni el Código de Comercio utilizan esa expresión, ni ninguna otra parecida, sino que ambos textos aluden a dos medios concretos de comunicación: la carta en el primero y el telégrafo en el segundo.

“distantes” o por la expresión “no presentes”, dado que el matiz diferenciador se residencia en el alejamiento espacial de los individuos inmersos en la construcción del contrato<sup>1090</sup>.

Fruto de la contemplación de los nuevos fenómenos que circundaban la concepción decimonónica del contrato, los autores promovieron una nueva sistematización. El punto de partida del Código Civil se circunscribía a la consecución de un acuerdo tras una breve discusión entre los implicados, en la que éstos abordaban todos los puntos oportunos. Sin embargo, los progresos sociales, económicos, industriales y técnicos marcaron el inicio de una transformación de la contratación que desbordaba los estrechos límites en que discurría la noción primigenia. En este estadio histórico, empezaron a despuntar dos factores. Por un lado, la irrupción de sucesivas y mejoradas vías de comunicación redujo el lapso necesario a fin de que las declaraciones de voluntad que se remiten las partes lleguen a sus respectivos destinatarios, hasta el punto de no existir ningún plazo jurídicamente relevante.

En este sentido, la contratación entre personas situadas en distintos emplazamientos no presenta divergencias con relación a la realizada entre sujetos que concurren presencialmente en el mismo lugar. Y, por otra parte, se apreciaba el desenvolvimiento de tratos preliminares que se prolongaban en el tiempo, y en las que los sujetos participantes se cruzaban todo tipo de propuestas y contrapropuestas, junto a la constitución, prácticamente inmediata, de otra clase de vínculos contractuales. La constatación de este novedoso panorama tuvo como resultado la elaboración de nuevas categorías que abarcaran tales procedimientos, y superaran los inconvenientes que derivaban de la falta de adaptación de las primitivas<sup>1091</sup>. De este modo, la contribución doctrinal se reflejó en la distinción entre convenios de formación sucesiva y los acuerdos de creación instantánea<sup>1092</sup>.

La primera tipología se orienta hacia la contemplación de la consecución del contrato como un fenómeno que se extiende en el tiempo, lo que puede responder,

---

<sup>1090</sup> ROGEL VIDE, “Momento y lugar de formación del contrato”, *VVAA Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, 1984, p. 574, y en *La Ley*, núm. 4, 1982, p. 1255; ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 149) prefieren la expresión “distantes”, debido al influjo de autores italianos; y GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., p. 132 y nota 177.

<sup>1091</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 124 y nota 158) estima que la distinción doctrinal entre contratos de formación instantánea y sucesiva no clarifica este tema, y que lo relevante es el dato de que las declaraciones de voluntad se emitan estando presentes o no ambas partes. Por consiguiente, entiende que no es conveniente introducir clasificaciones puramente doctrinales, y, además, debemos tener en cuenta la concepción que cada autor sustente sobre la misma clasificación. A estos efectos, podemos observar la diferente noción que sobre la sistematización expuesta mantienen DIEZ-PICAZO (“*Fundamentos ...*”, cit., pp. 331 a 333), MORENO QUESADA (*La oferta de ...*”, cit., p. 12 a 14) y ROGEL VIDE (“*Momento y lugar ...*”, cit., p. 575). Con posterioridad (op. cit., pp. 132 y 133), la citada autora matiza su opinión con relación al factor determinante de que nos hallemos ante uno u otro tipo de contratación.

<sup>1092</sup> MORENO QUESADA (“*La oferta de ...*”, cit., p. 13 y nota 11) menciona otra denominación para esta categorización: contratos por relación mediata y de relación inmediata o instantánea o simultánea.

en primera instancia, a que los medios utilizados por los futuros contratantes para entablar contacto conlleven ineludiblemente ese efecto. Como hemos señalado anteriormente, el transcurso de ese periodo temporal puede acarrear el surgimiento de sucesos que afecten al normal desarrollo de la construcción del contrato. Sin embargo, ese intervalo también puede obedecer a la concesión de un plazo de reflexión por el proponente inicial a favor del destinatario, bien a su prudente arbitrio, bien porque la complejidad de la propuesta así lo demande. Igualmente, se observa que el acuerdo final puede surgir como resultado de un proceso escalonado, en el que la construcción del contrato se produce de forma paulatina y gradual, gracias a las manifestaciones de voluntad emitidas alternativamente por los intervinientes.

La característica común de las tres hipótesis apuntadas se identifica con la duración mayor o menor del tracto temporal entre la emisión y la recepción –o, en su caso, conocimiento– de las diversas declaraciones contractuales, con independencia del motivo a que obedezca. En contraposición, los convenios alcanzados en un breve espacio de tiempo se asimilan a los contratos de formación instantánea, ya que las declaraciones paradigmáticas se emiten casi simultáneamente, y no se ven afectadas por vicisitudes ulteriores que, de forma total o parcial, alteren su primitivo significado. Asimismo, un sector doctrinal complementó la categorización anterior mediante la introducción de una nueva especie, que incide en la construcción progresiva del convenio resultante<sup>1093</sup>. La nota definidora radica en que su versión final obedece a la integración escalonada de los diversos pactos, de ámbito parcial, que los intervinientes van cerrando durante el curso de las negociaciones<sup>1094</sup>.

No obstante, un sector minoritario estima erróneo proyectar la diferencia entre los contratos que responden a una formación sucesiva y los que surgen con carácter instantáneo sobre el periodo de tiempo que transcurre entre el envío de la proposición inicial y la llegada de la contestación del receptor de aquélla. De acuerdo con esta opinión científica, el intervalo temporal con trascendencia jurídica es el que, en su caso, se produzca entre la remisión de la anuencia sobre el contrato propuesto y el instante en que su destinatario, u ofertante, adquiera el debido conocimiento de la misma<sup>1095</sup>. No obstante, los argumentos esgrimidos para la defensa de esta posición no justifican que la interacción que pueda llegar a impedir

---

<sup>1093</sup> MORENO QUESADA (“*La oferta de ...*”, cit. pp. 12 y 13 y nota 11) explica que otros autores denominan contratos de formación progresivas a supuestos diferentes de los reseñados en el texto de la investigación.

<sup>1094</sup> La situación expuesta se relaciona con la dificultad de perfilar cuando se van alcanzando acuerdos parciales y cuando se puede entender que se ha logrado el consenso necesario para que haya un verdadero contrato, aun cuando queden puntos pendientes. En este sentido, la Propuesta de Modernización del Código Civil prevé dicha posibilidad en el proyectado artículo 1.242. En esta dirección, el B.G.B. se hizo eco de esta eventualidad y, a tal efecto, dedicó los § 154 y 155.

<sup>1095</sup> ROGEL VIDE, “*Momento y lugar ...*”, cit., p. 575 y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 1078 y nota 10 –Ramón Areces–.

la conclusión del contrato se deba circunscribir a la modificación del primitivo propósito del aceptante –v. gr. mediante su retirada o revocación–, ni responden a todos los interrogantes que se derivan de la fijación del momento de la perfección contractual<sup>1096</sup>.

Por el contrario, la tendencia mayoritaria asegura que el margen temporal que define a los contratos de creación sucesiva abarca todo el proceso contractual, es decir, desde la expedición de la oferta hasta la recepción o el conocimiento de la respuesta, postura que suscribimos. Por tanto, los avatares que pueden perturbar la culminación del proceso contractual podrán provenir de la actuación de cualquiera de los partícipes, y concernir a todas las etapas por las que se atravesase hasta su conclusión. Sin perjuicio de otras puntualizaciones, creemos interesante destacar que DÍEZ-PICAZO sugiere que la formación momentánea del contrato responde a un procedimiento de elaboración compuesto por un único acto. De este modo, nos encontramos ante convenios que no requieren discusión previa, por representar operaciones de escasa magnitud económica<sup>1097</sup>, y acuerdos en los que una parte emplea condiciones generales y la contraparte únicamente puede aspirar a aceptarlas o no.

En el otro extremo, se advierte la presencia de transacciones de elevada trascendencia económica, lo que conlleva que los futuros contratantes necesiten un periodo para confrontar las diversas posiciones, y, finalmente, mediante cesiones y concesiones mutuas y recíprocas, obtener un acuerdo que concite el consenso de todos los intervinientes. Los rasgos característicos de este segundo procedimiento de elaboración contractual conducen al reputado experto a recurrir a la denominación de la formación *ex intervallo temporis*<sup>1098</sup>. En opinión del autor que inspira estas reflexiones, la correlación de esta nueva categoría con la clasificación descrita con anterioridad estriba en que en todas las hipótesis en las que la conclusión del contrato precisa la existencia de un lapso temporal desde el inicio de

---

<sup>1096</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., pp. 133 y 134) explica el sustento científico de la tendencia señalada, a pesar de que, como indica la propia autora, no la comparte.

<sup>1097</sup> DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos...”, cit., pp. 331 y 332.

<sup>1098</sup> OBREGÓN SIEGMUND, G. (“La perfección del contrato en Internet según el ordenamiento jurídico español. Especial referencia al caso de las páginas web”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, V. 3º, núm. 2, agosto-diciembre 2012, pp. 63 y 64) asevera que la clasificación de contratos entre presentes y ausentes se basa en un criterio temporal, pero luego introduce nuevas matizaciones cuando relaciona dicha sistematización con la referida a los contratos a distancia. Por su parte, MENÉNDEZ MATO (*El contrato vía Internet*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 279 y 280), entiende por intervalo de tiempo relevante, aquel espacio de tiempo que separa la emisión de la aceptación contractual por parte del destinatario de la previa oferta y el conocimiento que de ésta tenga el oferente, y durante el cual el autor de la aceptación pueda realizar determinadas actuaciones tendientes precisamente a dejarla sin valor o eficacia –ad. ex. retirada-. No obstante, posteriormente no parece valorar esta puntualización al caracterizar las sistematizaciones que plantea. El citado autor entiende que resulta más exacto el empleo de la expresión «formación *ex intervallo temporis*» del contrato como antagónico al de «formación instantánea», reservando el uso del término «formación sucesiva» para uno de los posibles supuestos de contratación *ex intervallo temporis*. De este modo, el contrato de formación instantánea sería aquél cuya fase precontractual se ha reducido al simple intercambio inmediato de la oferta y la aceptación. En cambio, la formación *ex intervallo temporis* se identifica con todo contrato que previamente a su nacimiento ha tenido una fase precontractual prolongada en el tiempo.

la fase precontractual hasta su celebración se identifican con la formación a través de un proceso sucesivo, e incluso progresivo, del acuerdo contractual.

De esta forma, el convenio resultante será fruto de una diversidad de actuaciones protagonizadas por las partes, pero en los que también podrán intervenir otros individuos que les coadyuven en el logro del objetivo final. Asimismo, el invocado autor añade que este tipo de contratación puede amparar supuestos de muy variada índole, como aquéllos en que debe añadirse la declaración de un tercero al consentimiento prestado por los contratantes, que se incardina como un presupuesto de eficacia o un complemento de la capacidad, *v. gr.* artículos 323, 166 y 1.447 del Código Civil<sup>1099</sup>. No obstante, el citado jurista acaba admitiendo que, desde una óptica estricta, la construcción sucesiva o progresiva del contrato englobaría los casos en que el convenio se alcanza a través de un procedimiento en el curso del cual se llevan a cabo diferentes actos, en consecutiva sucesión, y orientados al logro de un concreto resultado que produce efectos jurídicos.

A nuestro modo de ver, y en consonancia con la opinión vertida anteriormente, el elemento clave para diferenciar los diversos procesos de formación contractual, en orden a la determinación del momento de la perfección contractual, es el espacio de tiempo en el que se suceden las manifestaciones de voluntad que conformarán el mismo<sup>1100</sup>. De esta forma, si dicho periodo temporal es significativo, podremos afirmar que el convenio se ha alcanzado *ex intervallo temporis*, frente a los contratos de formación instantánea, en los que las declaraciones se exteriorizan simultáneamente<sup>1101</sup>. En nuestra opinión, no reviste importancia el motivo al que obedezca la extensión en el tiempo de las negociaciones previas. En la hipótesis de que, junto al transcurso temporal señalado, las partes formulen variadas declaraciones de voluntad, a través de un proceso gradual y escalonado, con el objetivo de entablar una ligazón contractual entre los partícipes, podremos asegurar que se trata de un procedimiento de formación sucesiva.

---

<sup>1099</sup> El artículo 323 contempla la necesidad del consentimiento de los progenitores para que el menor emancipado pueda tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor; el artículo 166 exige la previa autorización judicial para que los padres puedan renunciar a los derechos cuya titularidad ostenten sus hijos ni enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios; y el 1.447, al que ya hemos aludido con ocasión del estudio de la oferta, permite que la fijación del precio en la compraventa quede al arbitrio de persona determinada.

<sup>1100</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., pp. 132 y 133) matiza su opinión anterior, y asevera que la clave para que nos situemos ante la contratación entre ausentes no es la distancia espacial, sino el medio elegido para exteriorizar las declaraciones de voluntad, de forma que éste debe suponer una dilación temporal relevante entre la oferta y la aceptación. Igualmente, también estaríamos ante el supuesto indicado si una de las partes entrega a la contraparte una oferta por escrito, pero ésta no se pronuncia en dicho instante. En cambio, si las partes se encuentran alejadas físicamente, pero la oferta se hace por teléfono o por otro medio que pueda suponer inmediatez en la aceptación, estaremos ante contratación entre presentes.

<sup>1101</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 149) también asimilan la denominación *contratos de formación sucesiva* con la expresión *ex intervallo*.



Además, cuando en el curso de dicho progreso los futuros contratantes van alcanzando acuerdos de carácter fragmentario, cuyo contenido se integrará en el convenio final, estaremos ante un proceso de contratación progresiva. En consecuencia, la categoría *ex intervallo temporis* se configura como el género, dentro del cual emergen las dos especies indicadas, elaboración sucesiva y, en su caso, constitución progresiva. A raíz del surgimiento de sistemas técnicos que equipararon la comunicación entre personas distanciadas geográficamente con la que se genera entre personas situadas en el mismo emplazamiento físico, la distinción se trasladó hacia el tipo de transmisión que se genera durante el intercambio de las declaraciones de voluntad. De esta forma, la clasificación de la configuración del contrato se orientó en función de los sistemas de comunicación empleados<sup>1102</sup>.

Por consiguiente, si el método técnico elegido permite que se instaure una comunicación de forma ininterrumpida, debemos concluir que será equivalente a la que mantienen personas reunidas con carácter presencial<sup>1103</sup>. En cambio, si la transmisión de las manifestaciones emitidas por las partes se ve entorpecida, y, por tanto, se aprecian márgenes temporales entre las declaraciones de las partes, la formación del convenio se puede parangonar con la contratación producida de forma sucesiva. Este hito se sitúa en fechas muy tempranas, a causa de la aparición del teléfono, frente a los dos sistemas técnicos de mayor predicamento en la época de la promulgación del Código Civil y de Comercio en nuestro país: la correspondencia postal y el telégrafo, respectivamente<sup>1104</sup>. En ese instante, se pudo constatar la inadecuación de las reglas previstas en los citados cuerpos legislativos, y se reveló la necesidad de ofrecer una solución a la concreción del momento de la perfección contractual.

En este tema, y en el escenario nacional, ni la doctrina, ni la jurisprudencia mostraron una excesiva preocupación, a diferencia de lo que ocurrió en otros países de nuestro entorno<sup>1105</sup>. Sin embargo, hay que reconocer el avance que supusieron la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de enero de 1948<sup>1106</sup>, y, posteriormente, la de 3 de enero de 1984. Los pronunciamientos jurisprudenciales

---

<sup>1102</sup> GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, 6ª ed., T. II, Tecnos, Madrid, 1974, p. 17.

<sup>1103</sup> La equivalencia de la contratación telefónica con la que acontece entre presentes era la solución prevista por el artículo 225 del Código de Obligaciones y Contratos de la zona española en el Protectorado de Marruecos, así como la dispuesta por el § 147 del B.G.B. y por el artículo 4, nº 2 del Código de las Obligaciones suizo.

<sup>1104</sup> No obstante, en la época de la promulgación de ambos códigos se conocía otros medios de comunicación, como se desprende del propio artículo 51 del Código de Comercio, que alude al telégrafo. Asimismo, aun cuando no estaba implantado con carácter general, ya se utilizaba el teléfono en España. El B.G.B., que entró en vigor escasos años después, equipara la contratación entre presentes con la realiza por vía telefónica u otras facilidades técnicas.

<sup>1105</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ, op. cit., p. 150 y ROGEL VIDE, “*Momento y lugar ...*”, cit., p. 572 y nota 2.

<sup>1106</sup> STS, Sala de lo Civil, 3 enero 1948: “[...] conforme al artículo 55 del Código de Comercio, dicho contrato alcanzó el momento de su perfección desde que el representante de la Compañía aceptó verbalmente la propuesta, porque, celebrado por teléfono, no es la material ausencia de las partes, sino el medio de comunicación empleado, la circunstancia a tener en cuenta para fijar aquel momento [...]”.

mencionados abrieron el camino hacia una tesis intermedia con relación a las categorizaciones indicadas anteriormente. Nuestro más Alto Tribunal aseguró que la contratación que se lleva a cabo mediante la utilización del teléfono se ha de estimar producida entre personas presentes<sup>1107</sup>, si bien en lo que concierne a la fijación del momento en que ha de entenderse celebrado. El motivo de dicha calificación, a pesar de hallarse separados los contratantes, descansa en que se trata de un cauce técnico empleado para la exteriorización de las declaraciones de voluntad de las partes que implica la completa inmediación en el intercambio de aquéllas<sup>1108</sup>.

Sin embargo, esta calificación fue un asunto muy discutido en la doctrina de Derecho comparado, y, aun cuando no recibió la misma atención por la de nuestro país, los autores se preocuparon de la evolución que sufrió este debate en otros ordenamientos cercanos, y refrendaron la solución respaldada mayoritariamente<sup>1109</sup>. La controversia se zanjó mediante la atribución de una naturaleza mixta a las convenciones que se ultiman telefónicamente, de suerte que reciben una respuesta diferente la determinación del momento de su perfección y la delimitación del lugar en que deben entenderse concluidas. La indebida asociación que se venía manteniendo entre la separación espacial de los interesados en la conclusión del contrato y la repercusión de dicho alejamiento sobre el tiempo que requerían sus declaraciones para ser recibidas fue el origen de las dificultades surgidas para catalogar la contratación realizada por medio del teléfono<sup>1110</sup>.

En este sentido, la contratación telefónica se configuraba claramente como un proceso celebrado entre ausentes en cuanto al lugar de su celebración. No obstante, esa calificación no resolvía adecuadamente la problemática que rodea a la concreción del momento de su perfección. De esta forma, el establecimiento de un contacto inmediato que elimina el transcurso de plazo temporal apreciable entre la emisión y la subsiguiente recepción –o conocimiento- de las manifestaciones de voluntad, hizo que se recondujera este tipo de contratación hacia la que se surge entre presentes<sup>1111</sup>. La disyuntiva expuesta propició el nacimiento de la clasificación

---

<sup>1107</sup> El citado artículo 4, n° 2 del Código de Obligaciones suizo puntualiza que dicha equivalencia se produce si las partes o sus mandatarios han estado personalmente en comunicación. Vid. GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., p. 133 y nota 179.

<sup>1108</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 133) matiza que la usual confirmación escrita posterior no afecta a la perfección del contrato, y que su utilidad revierte en su valor probatorio, salvo acuerdo de las partes o disposición legal

<sup>1109</sup> ROVIRA MALO y PALOMAR BARÓ, op. cit., p. 220.

<sup>1110</sup> SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., pp. 237 y 238) considera que la comunicación telefónica es rápida y la audición instantánea, por lo que debe estimarse celebrado entre presentes. Sin embargo, en cuanto al lugar, habrá que distinguir si las dos instalaciones telefónicas están en la misma jurisdicción, o si no lo están, en cuyo caso el acuerdo se reputará celebrado entre ausentes, y se le aplicarán las reglas de los contratos por correspondencia telegráfica o epistolar.

<sup>1111</sup> ROGEL VIDE (*“Momento y lugar ...”*, cit. pp. 574 y 575) explica que la terminología comúnmente utilizada es excesivamente esquemática, por cuanto sólo atiende a la distancia que media entre las partes durante el intercambio de la oferta y la aceptación. Ese punto de vista plantea dificultades a la hora de elegir el grupo en el que han de incluirse los contratos celebrados por teléfono y otros medios modernos de comunicación, dado que parecen participar de las características de los contratos celebrados entre personas presentes, por lo que concierne al momento de su formación.

que, como explicamos anteriormente, se entendía que superaba los inconvenientes de la tradicional. De este modo, los autores entendían que la diferenciación entre contratos de formación instantánea y de elaboración sucesiva ofrecía la respuesta apropiada a los problemas que se originan en torno a la fijación del momento de la perfección del contrato.

La razón estriba en que esa distinción descansa en la separación temporal existente entre la emisión y la perfección de las declaraciones de voluntad. En cuanto al alejamiento físico entre los intervinientes, apreciaban que se trataba de una coyuntura que también repercutía en la contratación alcanzada, pero sólo con relación a la delimitación del lugar de conclusión del contrato<sup>1112</sup>. Por tanto, la sistematización tradicional de la contratación entre presentes y entre ausentes se reservó, de manera acertada, para la resolución de las dificultades que dimanaban de la localización del sitio en donde debe entenderse celebrado el contrato. Evidentemente, estos inconvenientes no surgirán cuando la relación se entable entre personas reunidas en el mismo punto espacial<sup>1113</sup>. De este modo, las sistematizaciones expuestas logran una convivencia armónica, al afectar a distintos ámbitos materiales, solventar adecuadamente los conflictos que le atribuyen, y su combinación parece abarcar todos los supuestos.

Por consiguiente, los contratos concluidos entre sujetos radicados en asentamientos diferentes podrán albergar tanto convenios de formación sucesiva y progresiva como de configuración instantánea, gracias a los modernos sistemas de comunicación que excluyen el lapso temporal acostumbrado entre las declaraciones de voluntad. De la misma forma, la categoría de los contratos entre presentes dará cobijo tanto a convenios de formación simultánea, al no mediar distancia física entre los intervinientes, como a los acuerdos cuya elaboración se produce con carácter sucesivo<sup>1114</sup>. Estos últimos acontecerán cuando el oferente conceda un plazo al eventual aceptante, cuando las partes entiendan oportuno un lapso temporal o cuando estimen necesaria la celebración de diversas reuniones presenciales. Sin embargo, como iremos constatando en las páginas posteriores, esta conciliación no resuelve la problemática que nos ocupa.

---

<sup>1112</sup> El mérito de esta matización se debe atribuir a MORENO QUESADA –“*La oferta de ...*”, cit., p. 14-, tal y como reconoce el resto de la doctrina, quien señala que no siempre coinciden los problemas que suscita el lugar de perfección con los del momento en que ésta se realiza, por lo que cree más conveniente distinguir las dos clasificaciones y apreciar en cada una el grupo de cuestiones que le son propias.

<sup>1113</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 149) explican que las dos categorías expuestas no son coincidentes, pero tampoco excluyentes. Además, consideran que la compaginación de ambas, como ha puesto de relieve MORENO QUESADA, tiene la ventaja de solucionar en forma definitiva la discusión doctrinal nacida alrededor de la contratación por teléfono y medios similares.

<sup>1114</sup> ROGEL VIDE, “*Momento y lugar ...*”, cit. p. 575.

## **2. TEORÍAS DOCTRINALES PARA LA FIJACIÓN DEL MOMENTO DE PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS**

### **a. INTRODUCCIÓN**

Antes de abordar el examen de las teorías que la doctrina ha elaborado para determinar el instante en que se culmina la negociación emprendida por los futuros contratantes y, finalmente, se alcanza la perfección del contrato, tenemos que puntualizar la premisa fundamental para su correcta comprensión<sup>1115</sup>. El objetivo de nuestra tarea no radica en la búsqueda del momento real y exacto en que se logra efectivamente el concurso de las declaraciones de voluntad, sino de valorar cuál ha de ser el instante en que se debe entender concluido el convenio. La decisión final obedecerá a justificaciones de variada naturaleza, si bien las más recurrentes atienden a la perspectiva histórica y a criterios de política legislativa. Sin embargo, un detenido análisis sobre las tesis que gozan de mayor predicamento en orden a resolver esta delicada cuestión nos revela que la elección de cualquiera de tales construcciones se sustenta realmente en la salvaguarda de la posición que ostente uno de los partícipes en la elaboración del contrato, al estimar que es digna de mayor protección<sup>1116</sup>.

Por otro lado, como tendremos ocasión de comprobar, las hipótesis que se han elaborado no pueden ofrecer una respuesta apropiada para resolver todos los conflictos que afloran cuando afrontamos la revisión de esta materia<sup>1117</sup>. De hecho, se ha sugerido que la justa valoración y composición de los diversos intereses afectados puede conllevar la adopción de soluciones distintas en función de los casos, por lo que no encontrarían amparo en una sola de las tesis definidas por los especialistas<sup>1118</sup>. En esta dirección, los autores han señalado que no parece factible

---

<sup>1115</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., pp. 156 y 157) exponen que para comprender correctamente la posición de las cuatro teorías que imperan en esta materia conviene observar los estados por lo que atraviesa la aceptación de una oferta desde el aceptante al proponente, y que son también cuatro: 1º declaración de voluntad del destinatario de la oferta, expresiva de la aceptación, 2º expedición o participación de dicha aceptación al oferente, 3º recepción de la misma por el proponente y 4º cognición o conocimiento por éste de la aceptación. De esta forma, los diversos criterios adoptados por la doctrina corresponden a cada uno de los cuatro estadios de la aceptación, de modo que la declaración, expedición, recepción y cognición de la aceptación se califican como el verdadero punto temporal para referir al mismo el perfeccionamiento del contrato entre personas distantes.

<sup>1116</sup> PUIG BRUTAU (*"Fundamentos ..."*, cit. p. 218) explica que la cuestión orbita sobre la distribución del riesgo cuando transcurre un margen de tiempo entre la remisión de la aceptación y su recepción o conocimiento por el oferente, y, por tanto, qué daño es preferible evitar: el positivo derivado de considerar que una persona queda obligada por un contrato que no ha creído realizar, o el negativo a causa de la privación al aceptante de los beneficios del contrato que ha creído perfeccionar.

<sup>1117</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., p. 1.080 –Ramón Areces–) señala que ninguno de los cuatro sistemas posibles que la doctrina suele enunciar para determinar el momento en que se concluye el proceso formativo del contrato ofrece por sí sólo una respuesta válida para todas las cuestiones que suscita el contrato entre ausentes de formación sucesiva. Añade que en todos ellos hay un flanco abierto que deja entrever a simple vista puntos insolubles.

<sup>1118</sup> GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., p. 124 en relación con la p. 141. Asimismo, la citada autora (op. cit., p. 128) también sostiene que dicha situación podría generar un casuismo exagerado, pero que puede llegar a ser atendido mediante una regla que sea suficientemente flexible para permitir considerar los intereses en juego al objeto de intentar determinar cuál de ellos es más digno de protección en cada caso. Queremos destacar que la especialista mencionada asegura que lo importante no es si las teorías de la recepción y de la cognición representan la prevalencia de los intereses del oferente, o

que se puedan ofrecer soluciones definitivas con carácter general, lo que, además, se ve refrendado por los exiguos fundamentos normativos que podemos localizar en nuestro Derecho positivo. No obstante, podemos detectar consideraciones de naturaleza estrictamente jurídica, dado que algunas de las teorías confeccionadas contribuyen a sostener una determinada concepción del contrato, que presupone la concurrencia de las declaraciones de voluntad en un momento determinado<sup>1119</sup>.

De acuerdo con la opinión de cierto sector doctrinal, creemos que la contestación a los inconvenientes que acabamos de esbozar descansa en el acogimiento de una actitud flexible, que admita la eventualidad de implantar diferentes reglas en función de los supuestos que se afronten y con la finalidad de promover la tutela de los intereses merecedores de protección en cada caso<sup>1120</sup>. Por consiguiente, se establecerían distintas pautas para solventar las incertidumbres derivadas de la fijación del momento de perfección contractual, para resolver las dudas que surgen ante la determinación del instante último en el que resulta factible retirar y revocar la propuesta inicial, para solucionar las que suscita la admisión del retiro de la aceptación, o para concretar las que nos auxiliarán en la delimitación del lugar en que se pueda considerar culminado el contrato. Igualmente, creemos conveniente introducir las salvedades adecuadas que ayuden a compensar la solución adoptada en tales circunstancias<sup>1121</sup>.

Por otro lado, en consonancia con la mayoría de los expertos, el origen último de las diferentes disquisiciones doctrinales acerca del momento en que puede considerarse celebrado un contrato radica en las trascendentales consecuencias de orden práctico que dimanen del mismo<sup>1122</sup>. En esta línea, se ha señalado que la respuesta a esa incógnita condiciona la solución de problemas relevantes como el límite temporal máximo para retirar y revocar la oferta o realizar el retiro de la conformidad prestada. Asimismo, también deviene imprescindible para zanjar dilemas menos notorios como la capacidad de los futuros contratantes, la designación de la legislación sustantiva aplicable, la finalización de la retroactividad del contrato condicional en el caso de modificaciones legislativas, la fijación de los

---

la de la expedición los del aceptante, sino tratar de hallar en todas ellas los mecanismos que sirvan de contrapeso a la adoptada, por diferentes razones, en cada Derecho positivo.

<sup>1119</sup> GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., p. 125 y nota 162.

<sup>1120</sup> PERALES VISCASILLAS, “*La formación del ...*”, cit., p. 179 a 182.

<sup>1121</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 128) suscribe la solución expuesta, siempre que las distintas reglas sean supletorias de las estipulaciones pactadas por las partes. Hemos de destacar que esta es la solución adoptada por la Propuesta de Modernización del Código Civil, y, con anterioridad, por todos sus precursores. De este modo, todos los textos indicados establecen como máxima principal la teoría de la recepción, pero, como analizaremos posteriormente, también prevén otros criterios para supuestos específicos.

<sup>1122</sup> Díez-PICAZO, “*Fundamentos ...*”, cit., p. 390. Este autor apunta que también afecta al momento hasta el cual puede modificarse la oferta, mediante la realización de una contraoferta.

precios de mercado o la posibilidad de rescindir los acuerdos alcanzados en fraude de acreedores<sup>1123</sup>.

Por otro lado, no podemos olvidar que el efecto más notable que provoca la perfección del contrato consiste en que, normalmente, el acuerdo alcanzado comienza a desplegar su eficacia, y que tal suceso repercute en aspectos vitales de la contratación efectuada: la distribución de los riesgos de la cosa vendida –art. 1.452-; la atribución de la obligación de conservación del objeto contractual –art. 1.094-; la identificación del beneficiario de los frutos –art. 1.095-; la viabilidad del ejercicio de la evicción en la medida en que dicha facultad sea o no anterior a la transacción–art. 1.475-. Igualmente, también nos ofrecerá la pauta para decidir las consecuencias de la llegada extemporánea de la conformidad, de su eventual extravío o de cualquier otro evento que obstaculice su recepción y su conocimiento, pese a la diligencia empleada por el destinatario de la proposición primigenia<sup>1124</sup>.

Por lo que concierne al *locus contractus*, o emplazamiento en el que debe considerarse culminado el proceso contractual, creemos oportuno anticipar que su utilidad se revela decisiva frente a la exigencia ineludible de concretar ciertos extremos que afectan a la vida del contrato cuando las partes no hubieran previsto ninguna estipulación en tal sentido. De este modo, identifica el ordenamiento jurídico aplicable y la jurisdicción competente para solventar los litigios derivados del acuerdo o los usos y costumbres para la correcta interpretación de los términos contractuales. Desde una óptica cuantitativa, podemos caer en el error de valorar que este extremo reviste una menor significación que el momento en que pueda calificarse concluido el contrato. Sin embargo, la determinación de este extremo marcará las leyes que resolverán las importantes incógnitas reseñadas con anterioridad, así como decidirá el órgano judicial ante el que se ventilarán las contiendas que aquéllas generen, y, por tanto, la solución final a las mismas<sup>1125</sup>.

Para finalizar, a nuestro juicio, la relevancia de los interrogantes indicados en las páginas precedentes, así como las consecuencia prácticas enumeradas, sin perjuicio de otras que no hemos alcanzado a concretar<sup>1126</sup> a fin de no extender este

---

<sup>1123</sup> ROGEL VIDE, “*Momento y lugar ...*”, cit. p. 572.

<sup>1124</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 125) enumera sucintamente diversas situaciones que el axioma que determine el momento de perfección de los contratos debe discernir. Posteriormente (op. cit., p. 139), la citada autora se explaya sobre lo que denomina el último problema que debe solventar dicha teoría: aceptación tardía y no llegada de la aceptación. En opinión de la especialista mencionada, la solución debe observar el conflicto de intereses surgido y plantear la adecuada distribución de riesgos, aunque, desde la pura dogmática, la respuesta conferiría absoluta libertad al oferente para dirigir su proposición a nuevos destinatarios, dado que no se habría perfeccionado el contrato al haberle llegado la contestación del receptor inicial una vez caducada la propuesta primigenia o al no haber tenido conocimiento de ella antes de que finalizara la vigencia de la primera declaración.

<sup>1125</sup> ROGEL VIDE, “*Momento y lugar ...*”, cit., p. 572.

<sup>1126</sup> Con la mejor intención, se puede llegar a un excesivo detallismo en la enumeración de los posibles efectos prácticos derivados de la fijación del instante en que se pone fin al proceso formativo del contrato, y puede conducirnos a olvidar consecuencias básicas. En esta línea, LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., p. 1075 –Ramón Areces-) señala que el hecho

prefacio, nos abocan a mantener que, lejos de poder afirmar que la perfección contractual es un asunto definitivamente resuelto, nos encontramos ante una materia en continua evolución. La demostración incontestable de este aserto radica en el incesante surgimiento de instrumentos normativos, propuestas prelegislativas y aportaciones doctrinales elaboradas contemporáneamente, que incorporan o sugieren diferentes puntos de vista, y, por tanto, que ofrecen diferentes remedios a las dificultades señaladas. En conclusión, se nos antoja complicado encontrar una problemática de mayor actualidad, y que reclame con más ahínco los esfuerzos legislativos y las aportaciones doctrinales para hallar la solución apropiada.

## **b. TEORÍAS EXISTENTES**

### **i. TEORÍA DE LA EMISIÓN O DE LA DECLARACIÓN**

Esta elaboración doctrinal, junto con la siguiente tesis que examinaremos, representan las dos primigenias posturas que se diseñaron a fin de esbozar el desenlace más apropiado para todas las preguntas que hemos planteado en el subapartado precedente. Obviamente, el punto de partida de todas las teorías elaboradas reside en la concurrencia de las voluntades de todos los partícipes en el proceso de formación del contrato como mecanismo para la configuración del consentimiento contractual. Igualmente, coinciden en calificar dicho consenso como el ingrediente fundamental e inexcusable para el nacimiento de cualquier clase de contrato<sup>1127</sup>. Cuestión diferente, como ya hemos avanzado, es la identificación precisa de ese punto temporal. Los partidarios de esta opción entienden que el instante que designa cuando finaliza la génesis contractual y, por tanto, cuando el acuerdo resultante despliega todos sus efectos debe situarse en la emisión del asentimiento por el destinatario de la proposición inicial.

De esta manera, se considera que la confluencia de las dos declaraciones básicas para la constitución del contrato se sitúa en el momento en que el aceptante exterioriza su querer, aunque esa intención existiera con anterioridad, ya que hasta la emisión se mantendría en su esfera interna, o a pesar de que no la haya remitido todavía. Asimismo, se afirma que no relativizará la conclusión expuesta el hecho de que el ofertante no sea consciente de la formulación de la aquiescencia, ni la haya recibido, ni, lógicamente, conozca el sentido de la misma.

---

de la perfección contractual repercute en varios aspectos. En primer lugar, ese suceso identifica la existencia del contrato y determina su naturaleza en función de los datos que la manifestación del consentimiento proporciona con la referencia al objeto y la causa. En segundo lugar, dicho acontecimiento califica el contrato como válido o nulo, así como eficaz o ineficaz, en la medida en que nos permitirá decidir si el consentimiento se ha manifestado en la forma jurídica adecuada.

<sup>1127</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 126) expone esta apreciación con relación a la teoría de la expedición. En páginas posteriores (op. cit., p. 124 y nota 159), la autora matiza que la concurrencia de la oferta y de la aceptación es una cuestión puramente fáctica, de modo que ha de ser acreditada por quien la invoque, y su apreciación es facultad privativa de los tribunales de instancia -SSTS, Sala de lo Civil, 23 junio 1966, 7 diciembre 1966, 3 y 27 junio 1968 y 13 octubre 1981-.

Tal y como apuntamos en el exordio precedente, se ha puesto de relieve que esta posición doctrinal denota una noción de contrato que demanda la conjunción de las expresiones de voluntad correspondientes a los futuros contratantes en un momento preciso. Sus defensores esgrimen la corrección de este planteamiento a causa de la ventaja de la rapidez, dado que el receptor de la oferta podría iniciar el cumplimiento de la prestación que le incumbe inmediatamente, esto es, sin que deba esperar a enviar su anuencia al primitivo proponente, ni a que éste la reciba, o, en su caso, a que la conozca<sup>1128</sup>. Además, se arguye que es totalmente respetuosa con la premisa dogmática que se infiere del único precepto que nuestro Código Civil dedica a la perfección contractual, que impone la estricta concurrencia de la oferta y de la aceptación para que nazca el genuino consentimiento contractual<sup>1129</sup>. No obstante, acertadamente se objeta que se colige la necesidad de la concomitancia temporal, e inferir dicha exigencia es, cuando menos, apresurado.

Los detractores de esta postura alegan que se obvia el carácter recepticio de las manifestaciones de voluntad inmersas en la construcción de un contrato, cuestión que, con independencia de la tesis que se profese, parece ser un lugar común para todos los expertos. En consecuencia, no resulta suficiente que el destinatario de la propuesta inicial exteriorice su asentimiento, sino que ha de llegar al proponente, y, en su caso, éste ha de conocerlo. Además, es discutible que se estime ligado al ofertante por un acuerdo que se ha perfeccionado gracias a una declaración que ignora<sup>1130</sup>. Asimismo, se alega, a nuestro juicio acertadamente, que la anuencia expresada mediante telegrama, carta, correo electrónico o cualquier otra manifestación escrita cuyo autor decida no enviar, e incluso destruir, se asemeja a una voluntad no exteriorizada<sup>1131</sup>, sin perjuicio de las dificultades probatorias que encierra esa circunstancia.

## **ii. TEORÍA DE LA COGNICIÓN O DEL CONOCIMIENTO**

En este escenario, el instante en que se logra la culminación de la formación del proyecto de contrato propuesto por el oferente se retrasa hasta el momento en el que adquiere pleno conocimiento de la avenencia formulada por el destinatario. La razón estriba en que, como se reconoce mayoritariamente, dicha declaración se caracteriza, entre otros aspectos, por ser recepticia. Los seguidores de esta postura

---

<sup>1128</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 126) apunta que puede detectarse dicha tesis en el artículo 1710, nº 3 del Código Civil, referido a la figura del mandato, como ya hemos analizado anteriormente.

<sup>1129</sup> DÍEZ-PICAZO, “*Fundamentos ...*”, cit., p. 391.

<sup>1130</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 126) pone de relieve que la dificultad probatoria se proyecta sobre la existencia de un contrato que sólo conoce el aceptante, dado que él lo ha perfeccionado, pero el oferente no lo puede saber.

<sup>1131</sup> A efectos de una exposición pormenorizada de la teoría de la emisión o declaración, nos remitimos a ENNECCERUS y NIPPERDEY, op. cit., pp. 232 a 234; ORUS MORATA, A., “El contrato por correspondencia. Su naturaleza y eficacia”, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, julio-septiembre 1931, p. 12; y VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo III, 1ª edic., Cuesta, Valladolid, 1909, p. 237.



ponen de relieve que se subsanan los reproches vertidos a la teoría anterior, ya que no se admite la perfección del contrato hasta que el proponente recibe la conformidad remitida por el eventual aceptante, y, sobre todo, alcanza a comprender su contenido<sup>1132</sup>. Sin embargo, sus críticos oponen que no parece oportuno excluir la conclusión de un acuerdo obligatorio cuando, a pesar de la diligencia desplegada por el destinatario de la oferta<sup>1133</sup>, su autor no llegue a tener noticia del beneplácito que aquél le envió debido a un motivo que sea imputable únicamente a su actuación positiva o a una omisión<sup>1134</sup>.

Asimismo, también se objeta que la demostración del nacimiento del contrato y de la fecha en que se haya producido dependerán, exclusivamente, del arbitrio del primitivo proponente, de suerte que éste podrá posponer la perfección del acuerdo, y, en el peor de los casos, frustrarla, a fin de satisfacer su propio beneficio personal<sup>1135</sup>. A efectos de paliar esta reprobación, tampoco constituye un remedio efectivo imponer al oferente la carga de comunicar a la contraparte la recepción de la aceptación, y, por tanto, que ha tomado conocimiento de la misma. De esta manera, se abriría la posibilidad de entablar un sucesivo intercambio de declaraciones que obstaculizaría en grado sumo, y, finalmente, lograría impedir en la mayoría de los casos la celebración de acuerdos entre sujetos separados geográficamente, y que, además, no utilicen cauces técnicos que les faciliten una comunicación bidireccional simultánea<sup>1136</sup>.

En conclusión, las dos teorías inicialmente desarrolladas han soportado severos, pero razonables, reparos que, en nuestra opinión, responden, en términos generales, a que se colocan en extremos diametralmente opuestos, y, por tanto, propician resultados injustos en función de los intereses en liza. De este modo, podemos observar que no consiguen una adecuada composición de los propósitos perseguidos por las partes, ya que acaban confiriendo a alguna de ellas la facultad de perfeccionar el contrato, y, por tanto, la decisión sobre el momento en que acontece dicho trascendente suceso, lo que atenta contra la propia esencia del contrato. Además, generan obstáculos en el plano probatorio que, en nuestra opinión, resultan irresolubles. Afortunadamente, los reproches sucintamente expuestos propiciaron serios esfuerzos doctrinales dirigidos a superar las

---

<sup>1132</sup> GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., p. 578.

<sup>1133</sup> ROGEL VIDE (“*Momento y lugar ...*”, cit., p. 579) y DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos ...*”, cit., p. 391) consideran que la diligencia debe ser normal o media.

<sup>1134</sup> DÍEZ-PICAZO (“*Fundamentos ...*”, cit., p. 392) pone como ejemplos los supuestos en que la carta o el telegrama comprensivo de la aceptación llegó a tiempo al domicilio del oferente, pero éste no llegó a leerla porque se había ido de viaje o porque sus dependientes no se la entregaron, y en ese ínterin el oferente revocó la oferta y concluyó un contrato más ventajoso con un tercero.

<sup>1135</sup> MANRESA Y NAVARRO (op. cit., p. 580) alude a esos inconvenientes probatorios y propone que sirva de base el plazo ordinario para la llegada y reparto de la correspondencia. En la misma dirección, ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ, op. cit., p. 162.

<sup>1136</sup> ROGEL VIDE, “*Momento y lugar ...*”, cit., p. 580.

incongruencias descritas, y desembocaron en la aparición de las denominadas teorías intermedias<sup>1137</sup>.

### **iii. TEORÍA DE LA EXPEDICIÓN O DE LA REMISIÓN**

Esta tesis nace como directa reacción a las incoherencias que presenta la tesis de la emisión o de la declaración, de forma que la conclusión del contrato demanda no sólo que el eventual aceptante exteriorice su voluntad, sino también que remita el soporte que la contenga al proponente. En consecuencia, sus partidarios aseveran que el destinatario ha efectuado toda la actividad conducente a la conclusión del proceso formativo, lo que le exime de cualquier clase de responsabilidad en el caso de que, pese a su esmero y afán, la declaración de conformidad no llegue a su destino<sup>1138</sup>. En cuanto a los pros y contras de esta postura, la ventaja radica en que, al desprenderse de su anuencia el receptor de la propuesta inicial, se allana el camino hacia la probanza de la existencia del contrato debidamente formado. En este sentido, la actividad probatoria con relación al momento en que se puede entender celebrado el contrato no se circunscribirá en exclusiva al destinatario de la oferta.

En cambio, se ha apuntado, desde una vertiente negativa, que suscita un inconveniente que puede acarrear la frustración de la construcción del acuerdo<sup>1139</sup>, aunque, en nuestra opinión, solo se presentará en el supuesto de que se empleen ciertas vías de comunicación<sup>1140</sup>. El reparo apunta a que la expedición material de la carta o del telegrama que exteriorizan la anuencia del teórico aceptante no evita que éste pueda imposibilitar el envío definitivo de tales manifestaciones de voluntad<sup>1141</sup>. Hemos de tener presente que, mientras no le haya sido entregado al ofertante el soporte que contiene la aquiescencia del receptor de la propuesta inicial, éste sigue ostentando la facultad de detener su remisión, así como de reclamar su devolución. En nuestra opinión, semejante actitud es un evidente indicio de que el contrato no

---

<sup>1137</sup> DÍEZ-PICAZO (*"Fundamentos ..."*, cit., p. 392) puntualiza que no satisfacen los postulados dogmáticos de una teoría del contrato.

<sup>1138</sup> GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., p. 127 y ROGEL VIDE, *"Momento y lugar ..."*, cit. p. 579.

<sup>1139</sup> PUIG BRUTAU (*"Fundamentos ..."*, cit., p. 206) explica que, en los países donde los servicios postales permiten retirar una carta después de haber quedado depositada y antes de su entrega al destinatario, el hecho de la remisión no debe tener necesariamente valor decisivo para la perfección del contrato. En tal caso, si todavía debiera sostenerse doctrinalmente que el aceptante no puede revocar su aceptación porque el contrato se perfeccionó al depositar su carta en el correo, se produciría una situación absurda cuando, en virtud de lo que permiten los servicios postales, recupera dicha carta.

<sup>1140</sup> Lógicamente, sólo surgirá la dificultad señalada cuando se empleen como medios de comunicación la carta y el telegrama. En el caso del telefax, es materialmente imposible detener el envío, y en el supuesto de correos electrónicos tampoco cabría esa interrupción una vez que el mensaje ha salido del sistema informático del ordenador remitente. Además, tampoco creemos factible hacerlo con anterioridad, pero, en todo caso, podría suponer muchos inconvenientes prácticos.

<sup>1141</sup> De ese modo, se eliminaría la limitación de la contingencia de retirar la aceptación. A pesar de que teóricamente el contrato se perfeccionó en el instante en que depositó la carta en el buzón, y, por tanto, se extinguió la facultad de recuperar dicha declaración, en la práctica el aceptante sigue ostentando la posibilidad material de arrepentirse sin ningún tipo de repercusión negativa, ya que el oferente es un perfecto desconocedor de esa actuación. Cfr. PARRA ABAD, A., "Un comentario al artículo 18 de la ordenanza postal: La perfección del contrato entre ausentes y la propiedad de la correspondencia", *ADC*, T. XIV, F. IV, 1961, pp. 909 a 913.

se perfeccionó, dado que, pese al envío de la anuencia, el destinatario se arrepintió, y realizó la conducta necesaria para destruir la misma.

#### **iv. TEORÍA DE LA RECEPCIÓN**

El planteamiento que subyace a esta última posición doctrinal pretende suavizar los efectos negativos que comporta la teoría de la cognición, por lo que minimiza las exigencias que aquélla requiere hasta el punto de que no demanda que el autor de la propuesta inicial conozca la aquiescencia prestada por el destinatario de la misma. Esta tesis reconduce el momento de la perfección del contrato hacia la llegada de la conformidad al círculo de intereses del oferente, que puede radicar en su domicilio profesional, personal, o en otro lugar que aquél designe a tales efectos, con independencia de que llegue a conocerla. De esta manera, el eventual aceptante se separaría definitivamente de su asentimiento, lo que elimina la posibilidad de que dicho sujeto interfiera en la correcta llegada de la misma. Además, la supresión del requisito del conocimiento de la anuencia por el primitivo proponente descarta la contingencia de que éste demore o rebata la conclusión del acuerdo.<sup>1142</sup>

No obstante las mejoras con relación a su precursora, también se han espetado ciertos defectos en su planteamiento. Por un lado, se reprueba que la conclusión del contrato se vincule con un hecho puramente material -la recepción de la respuesta del destinatario de la proposición inicial-, cuya debida realización puede llegar desconocer el oferente, y esa circunstancia no podrá imputársele culposa o dolosamente en todos los casos<sup>1143</sup>. Asimismo, se estima inconsecuente supeditar la celebración del contrato al simple dato de la llegada del envío remitido por el hipotético aceptante al domicilio o al establecimiento del proponente inicial, porque el sentido de la declaración que contiene puede ser afirmativo o negativo<sup>1144</sup>, lo que, a nuestro juicio, aproxima esta refutación hacia la teoría del conocimiento. Sin perjuicio de los reproches expuestos, entendemos que constituye la aportación doctrinal que efectúa una composición de los intereses en conflicto más objetiva, y, por tanto, más razonable.

### **3. PREVISIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL CÓDIGO DE COMERCIO ANTES DE LA LSSI**

#### **a. INTRODUCCIÓN**

Aunque el objetivo primordial de nuestra investigación reside en el análisis de la posible y, a nuestro juicio, conveniente reforma del Código Civil con relación

---

<sup>1142</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 127) indica que si el oferente pudo, y mediante el empleo de la diligencia adecuada, debió conocer la aceptación, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que si efectivamente la hubiera conocido

<sup>1143</sup> ROGEL VIDE, “*Momento y lugar ...*”, cit., p. 579 y GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., p. 128.

<sup>1144</sup> RAMELLA, op. cit., pp. 178 y 179; y ROGEL VIDE, “*Momento y lugar ...*”, cit., p. 579 y nota 25.

a la fase de la formación del contrato, hemos entendido oportuno incluir en dicho estudio la norma que regulaba la perfección contractual en la órbita mercantil y la evolución sufrida por la misma, por cuanto el tráfico civil y comercial han experimentado la unificación de sus previsiones en este concreto aspecto. Esta decisión originó razonables expectativas que, posteriormente, no han tenido reflejo en otros ámbitos de nuestro Derecho positivo. En este sentido, nos limitaremos a señalar que desde hace tiempo se mantiene una enconada discusión doctrinal acerca de las ventajas e inconvenientes de dicha opción<sup>1145</sup>. Asimismo, varios países con los que compartimos tradición y cultura jurídica o, al menos, las mismas raíces, han elegido ese cambio de rumbo sin que el tránsito por esa nueva senda les haya originado especiales complicaciones<sup>1146</sup>.

Hasta el 12 de octubre de 2002<sup>1147</sup>, la redacción de la única norma que se refería a la conclusión de los convenios de naturaleza contractual en el Código Civil era la siguiente: *“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”*. El Código de Comercio también dedicaba hasta esa fecha un solo precepto a la regulación de la materia que nos ocupa, cuyo tenor literal transcribimos: *“Los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada”*. El mero cotejo entre los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio arroja la existencia de patentes divergencias.

Por una parte, únicamente el primer párrafo de la norma civil contiene una previsión legislativa referida al concepto del consentimiento en el plano contractual, si bien presenta otras aplicaciones que posteriormente examinaremos. Por otro lado, dichos cuerpos legislativos adoptan un criterio dispar en torno al momento en el

---

<sup>1145</sup> La argumentación que, tradicionalmente, se ha valorado suficiente para justificar la dualidad indicada ha sido criticada por insignes especialistas, como BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R. (“Codificación civil y codificación mercantil: La reforma del Derecho de obligaciones”, *VVAA Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 310), quien no cree que, con carácter general, el tráfico mercantil difiera en sus características del tráfico en general y, por tanto, del civil. En esta medida, el citado autor echa en falta un esfuerzo de la doctrina por encontrar una interpretación de ambos Códigos tendente a unificarlos o, al menos, a reducir su disparidad a aquello que pueda resultar razonable o coherente. En la misma dirección, el mismo autor en “Introducción al Derecho de Contratos”, *VVAA Tratado de Contratos*, Director BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, T. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 107.

<sup>1146</sup> Por lo que concierne al *Civil Law*, el ejemplo prototípico se corresponde con el *Código Civil* italiano y, en la órbita de influencia de la rama germánica, debemos mencionar el Código de Obligaciones suizo.

<sup>1147</sup> Se trata de la fecha de entrada en vigor de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico –en adelante, LSSI–, cuyo objeto fue la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior, denominada comúnmente Directiva sobre el comercio electrónico. Asimismo, incorpora parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

que se concluyen los acuerdos con valor contractual en el caso de que las partes se ubiquen en lugares diferentes<sup>1148</sup>. No obstante, ambos se asemejan en que los circunscriben a los efectuados mediante la correspondencia postal. Asimismo, el código mercantil alude a la correspondencia telegráfica<sup>1149</sup> y a los convenios en que intervenga un agente o corredor en su elaboración<sup>1150</sup>, y, aunque no establezca reglas diferentes, se puede inferir que, implícitamente, amplía los instrumentos de que se pueden valer las partes alejadas físicamente para celebrar contratos. La última nota distintiva radica en que únicamente el Código Civil precisa el lugar en que tales convenios se entienden perfeccionados.

## **b. ANTECEDENTES**

El primer predecesor en nuestro ordenamiento que contempló expresamente la celebración de convenios con fuerza contractual a través de un cauce diferente a la mera reunión presencial de los futuros contratantes fue el Código de Comercio de 1829, inmediato antecedente del vigente en la actualidad. Asimismo, contiene una completa regulación de la conclusión de contratos gracias a la correspondencia, que incluye el detalle de sus particularidades y de las especiales consecuencias que se derivan<sup>1151</sup>. Este texto aglutina varios reconocimientos. El primero de ellos es el más evidente, por cuanto constituye la primera referencia seria de la posibilidad de celebrar contratos en el caso de que medie un alejamiento geográfico entre los intervinientes sólo superable, debido a las restricciones de los medios de comunicación existentes, a través de una relación epistolar. En segundo lugar, su autor acometió semejante tarea sin contar con ninguna clase de precedente, ya sea

---

<sup>1148</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 130 y nota 174) expone que uno de los efectos de la tesis de la emisión acogida por el citado artículo consiste en que la oferta sólo podría ser revocada hasta que el aceptante hubiera emitido su declaración. Dicha autora se pregunta cuál sería la prueba del instante de la perfección del contrato en los casos en que resultara necesaria una declaración de voluntad, porque no fuese suficiente el comienzo de la ejecución del contrato. Entiende que tal constatación quedará siempre en manos del aceptante y, con ello, el momento final para que el oferente pudiera revocar. Por consiguiente, en la práctica la oferta se transforma en irrevocable, dado que el destinatario podría alegar que emitió su conformidad en el mismo momento en que recibió o, en su caso, conoció la oferta. El inconveniente no reside en que la propuesta inicial devenga irrevocable, sino dejar en manos de su receptor la eficacia de la eventual revocación. En cambio, según la autora indicada, la teoría de la expedición goza de la ventaja de la mayor seguridad probatoria con relación al momento de la perfección del contrato y, en su caso, de la contingencia de la revocación.

<sup>1149</sup> El artículo 51, n° 2 del Código de Comercio dispone que “*La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado*”

<sup>1150</sup> El artículo 55 del Código de Comercio establece que “*Los contratos en que intervenga Agente o Corredor quedarán perfeccionados cuando los contratantes hubieren aceptado su propuesta*”.

<sup>1151</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 155) explican que la Sección 3ª del Título II del Libro I se dedica por completo a la correspondencia mercantil, y, el artículo 235 -dedicado a los cauces por los que los comerciantes pueden contratar y obligarse- enumera la contratación por correspondencia epistolar. En el artículo 243 se recoge el criterio de perfección de este tipo de contratación: “*En las negociaciones que se traten por correspondencia se considerarán concluidos los contratos, y surtirán efecto obligatorio, desde el que recibió la propuesta expida la carta de contestación aceptándola pura y simplemente, sin condición ni reserva, y hasta este punto está en libertad el proponente de retractar su propuesta, a menos que al hacerla no se hubiese comprometido a esperar contestación, y a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada su proposición, o hasta que hubiere transcurrido un término determinado. Las aceptaciones condicionales no son obligatorias hasta que el primer proponente dé aviso de haberse conformado con la condición*”. Finalmente, el artículo 260 admite la correspondencia como un medio de prueba de las obligaciones.

en nuestro ámbito nacional, ya sea en otros sistemas jurídicos implantados en contextos similares.

En este sentido, hemos de recordar que los Códigos Civil y de Comercio franceses, espejos recurrentes para la doctrina nacional, no aluden, explícita o implícitamente, a la contratación por medio de carta, ni mediante telegrama<sup>1152</sup>. Si nos remontamos hasta el Derecho Romano, los autores reconocen en ciertos textos la viabilidad de la contratación *inter absentes*, pero dicha contingencia se restringía a los negocios no formales, ya que no requerían la presencia física de los sujetos, ni la emisión oral de la voluntad de éstos. Además, se desprende de las fuentes que la fórmula más frecuente es el *nuntius*, en lugar del cruce de misivas<sup>1153</sup>. En cuanto al escenario nacional, la herencia del Derecho romano, formalista y renuente a las elaboraciones abstractas, unida a la falta de cultura y de medios que padecían los pobladores de nuestro país, provocaron que durante la Monarquía visigoda, la dominación árabe y los tiempos de la Reconquista no se valorara la correspondencia como forma de contratación.

No obstante, Las Partidas recogen la validez de la promesa contenida en una carta de pagar una deuda ajena o propia, hecha sobre *debdo antiguo*. Por tanto, aunque no se admite abiertamente la contratación mediante correspondencia, estamos ante el primer paso en esa dirección, ya que se permite la creación de un nexo obligatorio por medio de una carta<sup>1154</sup>. El siguiente hito se localiza en el Ordenamiento de Alcalá, dónde se consagra el principio general de la libertad contractual. Parece lógico incardinar en dicho axioma la contratación epistolar como método válido para entablar relaciones contractuales entre personas situadas en distintos emplazamientos, aunque expresamente no se plasma dicha modalidad. Sin perjuicio de la implantación y el desarrollo paulatino del servicio de Correos, así como de la expansión territorial del Imperio español, no encontramos un reconocimiento explícito del contrato por carta hasta las Ordenanzas de Bilbao de 1737 para encontrar<sup>1155</sup>.

Por último, en el Anteproyecto de 1.882 a 1.888 del Código Civil se contiene un precepto análogo a la versión inicial del artículo 1.262, a diferencia del Proyecto

---

<sup>1152</sup> RAMELLA, op. cit., p. 587.

<sup>1153</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., 152) aseveran que los textos romanos no concretan el criterio para la fijación del momento de perfección de los contratos, pero también apuntan que hay autores que se inclinan por calificar la teoría de la cognición como más conforme al espíritu del Derecho romano o que invocan a favor de ésta, o al menos para excluir la teoría de la declaración, ciertos textos según los cuales un sordo no puede estipular porque no es capaz de percibir la respuesta del promitente. Sin embargo, ENNECCERUS y NIPPERDEY (op. cit., p. 232) rechazan el argumento expuesto porque la declaración efectuada a un sordo no puede llegar de ninguna forma a su conciencia, y, en consecuencia, no puede considerarse una verdadera declaración, o se ha de entender no efectuada. Además, aseveran que el caso de la *stipulatio*, que es un contrato esencialmente formal, no puede extrapolarse a otros contratos.

<sup>1154</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ, op. cit., pp. 152 y 153.

<sup>1155</sup> GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., pp. 49 y 50.

de 1.851<sup>1156</sup>. Los antecedentes se localizan, primordialmente<sup>1157</sup>, en el artículo 1.058 del Anteproyecto de LAURENT, y, en menor medida, en los artículos 1.144 a 1.155 del Código argentino<sup>1158</sup>, ya que destaca el gran paralelismo con la primera disposición reseñada. Según el citado jurista belga, el consentimiento obedece a la conjunción de voluntades, lo que no generaba dudas cuando los intervinientes se hallaban reunidos en el mismo lugar. En el caso de que estuvieran distanciados, aseguraba que la contratación se lograría gracias a la correspondencia postal o telegráfica, en función de los avances técnicos de la época. En cuanto al momento en que acontecía la perfección, optaba por la teoría de la cognición, a fin de aplicar la misma máxima que a la contratación presencial. Además, estima que en el instante de la emisión de la aceptación no se producía un genuino concurso de voluntades, sino una mera coexistencia<sup>1159</sup>.

### **c. VERSIÓN PRIMIGENIA DEL ARTÍCULO 1.262 DEL CÓDIGO CIVIL**

#### **i. ENCUADRE Y RELACIONES SISTEMÁTICAS**

Pese a la apreciable similitud del artículo 1.262 del Código Civil, y de su antecesor, con el artículo 1.058 de la propuesta prelegislativa preconizada por LAURENT, se constatan unas diferencias que, en nuestra opinión, individualizan la idiosincrasia de dicha norma. En cuanto al primer párrafo, el proyecto del artículo 1.058 preveía que el consentimiento se formaba por el concurso de la oferta y de la aceptación, pero el legislador decimonónico español añadió que tal concurrencia debía recaer sobre la cosa y la causa que debían constituir el contrato<sup>1160</sup>. A efectos de comprender el alcance de esa discrepancia, hemos de atender a la relación sistemática y lógica existente con el artículo que le precede, y a la identificación de sus fuentes de inspiración. Nuestra doctrina ha puesto de manifiesto que la génesis del artículo 1.261 no responde a su precedente en el Código Civil francés, pese a que ese texto ejerció la mayor influencia en los redactores de nuestro Código de Derecho

---

<sup>1156</sup> Se trata del artículo 1.275 del citado Anteproyecto, cuyos detalles se pueden consultar en la obra de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)”, *Centenario de la Ley del Notariado*, T. IV, V. I, Madrid, 1965, pp. 397 y 398.

<sup>1157</sup> Algunos expertos aluden al artículo 5 del Código de Obligaciones suizo –vid. LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española*, T. 4, *Codificación civil*, V. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1979, p. 670-, pero, a nuestro juicio, el propio tenor literal evidencia la falta de relación entre ambos preceptos.

<sup>1158</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 50) destaca que la regulación diverge, en especial, en cuanto a la fijación del momento de perfección del contrato, por cuanto se desprende claramente que el artículo 1.154 adopta la teoría de la expedición: “*La aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente*”.

<sup>1159</sup> Vid. LAURENT, “*Avant-Projet de révision du Code civil*”, T. IV, Bruxelles, 1884, pp. 25 y 26, citado por GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., p. 51.

<sup>1160</sup> La otra diferencia se refiere al lugar de perfección del contrato, dado que en el Anteproyecto de LAURENT no se configura como una presunción, como así ocurre tanto en la versión inicial del artículo 1.262 como en la vigente. Además, dicha propuesta legislativa alude al lugar en el que se hizo la oferta y en el que se recibe la aceptación, mientras que las dos versiones del artículo 1.262 siempre han contemplado únicamente la referencia al lugar en que se formula la proposición contractual –GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., pp. 50 y 51-.

Común, sino a las apreciaciones críticas que se formularon respecto a tal precursor<sup>1161</sup>.

La primera puntualización reside en que el precedente francés obedece, entre otras cuestiones, al surgimiento de una categorización novedosa referida a la distinción entre invalidez e inexistencia, que, como se desprende del análisis de las normas concordantes del Código Civil español, no encontró reflejo en este último. Asimismo, el contraste entre el citado artículo 1.261 y las normas que le anteceden –arts. 1.254 a 1.260–, dirigidos a pergeñar una teoría general del contrato, refleja una patente descoordinación. La razón descansa en el diferente ascendente que poseen, de suerte que el artículo 1.261 acoge la orientación francesa indicada, pero las demás normas condensan las manifestaciones históricas del principio de la autonomía de la voluntad en nuestro sistema jurídico. Se afirma que la ley única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá trasciende la mera afirmación de la libertad de forma y su mera identificación con el principio espiritualista, y encierra el reconocimiento de la total disposición por los futuros contratantes de sus designios<sup>1162</sup>.

Sin embargo, la simple lectura del artículo 1.261 muestra una clara tendencia restrictiva de esa omnimoda autonomía. La finalidad inmediata del artículo 1.261 de nuestro Código Civil –en la misma línea que su antecesor francés– consistía en establecer una serie de requisitos para que la convención proyectada llegase a adquirir fuerza vinculante entre las partes. No obstante, el verdadero propósito que impulsaba la enumeración de tales exigencias era la convicción de que la obligatoriedad de los pactos con valor contractual no podía residir única y exclusivamente en el consentimiento manifestado por los intervinientes<sup>1163</sup>. De esta forma, se supeditó la perfección del acuerdo resultante a la concurrencia del objeto cierto que fuera la materia del contrato y de la causa de la obligación que se estableciera, mientras que su precedente francés requirió también la capacidad del que se obligaba<sup>1164</sup>. Asimismo, parece una consecuencia inevitable el defectuoso encuadre sistemático del artículo 1.262.

---

<sup>1161</sup> RAMS ALBESA (op. cit., p. 2) estima que el artículo 1.108 del Código Civil francés inspiró directamente el artículo 985 del Proyecto isabelino, pero el artículo 1.261 del Código Civil, en su redacción originaria, procede de la posición crítico-analítica sobre el precepto francés desarrollada por la propia doctrina francesa, que se centra en cuatro aspectos. Tres de ellos se reflejaron en el artículo 1.274 del Anteproyecto de 1.882 a 1.888 y, posteriormente, en el artículo 1.261. El citado civilista expone que los autores galos prefieren el tenor literal del artículo 1.261, aunque también apuntan que hubiese sido más conveniente que no recogiera la causa como condición esencial de la formación de los contratos.

<sup>1162</sup> RAMS ALBESA (op. cit., p. 5) también apunta el principio aragonés *Standum est chartae* y el axioma navarro *Paramiento fuero vienze*.

<sup>1163</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., p. 1073 –Ramón Areces–) explica que se perfilan los dos aspectos fundamentales del consentimiento contractual: a) la manifestación del consentimiento que, desde la perspectiva de la formación del contrato, implica la conjunción de las declaraciones de voluntad de las partes y la referencia al objeto y a la causa, y b) la realidad del consentimiento, que sólo puede sostenerse sobre un determinado contenido, y que el Código Civil define sobre la cosa y la causa, porque, de otro modo, nos encontraríamos ante la aporía de un consentimiento en el vacío.

<sup>1164</sup> RAMS ALBESA (op. cit., pp. 7 y 8) entiende que la finalidad del artículo 1.261 consistió en introducir en nuestro sistema contractual un verdadero cuerpo extraño respecto de su configuración antecedente, cual es la causa, y sin hacer



La consagración del principio consensualista que recoge el artículo 1.258 del Código Civil, según el cual los contratos se perfeccionan únicamente por el mero consentimiento, se incardina en las Disposiciones Generales destinadas a la reglamentación de los contratos –Capítulo Primero, Título II-. Por su parte, el artículo 1.262 se inserta en el Capítulo Segundo del mismo título, que se anuncia comprensivo de los requisitos esenciales para la validez de los contratos. Parte de la doctrina considera que la ubicación del artículo 1.262 conduce a concluir que la perfección de los contratos gracias al mero consentimiento alude exclusivamente a los acuerdos consensuales. En consecuencia, ciertos tipos de contratos, como los formales<sup>1165</sup> o los reales<sup>1166</sup>, requerirían otras condiciones para su completa constitución. Además, su localización y su coordinación con el citado artículo 1.258 pueden hacernos incurrir en el error de confundir la función del consentimiento como vía para lograr la perfección contractual con el papel que desempeña como requisito fundamental de validez<sup>1167</sup>.

Hemos de tener presente que la manifestación del consentimiento mediante la concurrencia de las expresiones de la voluntad de cada uno de los partícipes nos ayuda a precisar el momento de la culminación del contrato. Sin embargo, la identificación del asentimiento de los partes no significa que el mismo sea adecuado para afirmar automáticamente la validez del contrato. La anuencia prestada por alguno de los intervinientes podría adolecer de un defecto de capacidad o de un vicio que altere su voluntad, y, por tanto, afectaría a la integridad del consentimiento. Obviamente, se rechazaría la validez del convenio alcanzado, pero tal circunstancia no obstaría la realidad de la aquiescencia prestada, y, por tanto, sería defendible la existencia del contrato resultante<sup>1168</sup>. En resumen, la perfección

---

alusión al objeto. Además, resalta que la demostración de la trascendencia del cambio de posición estriba en que la regulación positiva de la nulidad de los contratos (validez y eficacia), situada en los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil, no se desarrolla según la posición asentada en los artículos 1.254 a 1.260, fieles a la tradición jurídica castellana, sino a partir de lo dispuesto en el artículo 1.261. También apunta que la Base 20 de la Ley de 11 de mayo de 1.888 conducía inexorablemente a dicha contradicción.

<sup>1165</sup> Esta tipología demanda para perfeccionarse que la manifestación del consentimiento se produzca mediante la observancia de una forma predeterminada, según LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., p. 1074 –Ramón Areces-), pero dicho autor sólo se refiere a la exigencia de la forma por la ley y no incluye el pacto entre las partes, que, a nuestro modo de ver, también ampara esa categoría.

<sup>1166</sup> Los contratos reales requieren para su constitución o perfección, además de la manifestación del consentimiento, la entrega de la cosa (mutuo, comodato, depósito y prenda); sin embargo, según la tesis de JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 140 a 144), la entrega de la cosa puede quedar fuera del proceso formativo del contrato.

<sup>1167</sup> MANRESA Y NAVARRO (op. cit., p. 497) expone, en los comentarios que dedica al artículo 1.262, que “La voluntad es la creadora del negocio jurídico, constituye verdaderamente lo esencial, el principio activo y generador, no habiendo negocio allí donde la voluntad esté ausente o hallándose viciada cuando ha sufrido error, violencia o dolo y por otro lado, en cualquier manifestación de las voluntades humanas, en el terreno jurídico independiente de la forma, a partir de la desaparición del formulismo de las primeras edades, el derecho consagra por lo menos en principio, un contrato válido, pudiendo no solamente engendrar negocios jurídicos en los límites y bajo las condiciones que le asigna el derecho positivo (...)”.

<sup>1168</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., pp. 1074 y 1075 –Ramón Areces-) enuncia los cinco requisitos necesarios para que se pueda calificar un contrato como formado o perfecto: 1) Emisión de las declaraciones de voluntad por medios adecuados para posibilitar su conocimiento; 2) La interdependencia de dichas manifestaciones, que también justifica el carácter recepticio que se atribuye a la oferta y a la aceptación; 3) La concordancia entre las expresiones de la voluntad de

contractual se configura como presupuesto de la validez del contrato, por lo que no será posible valorar esta condición si el acuerdo no se ha perfeccionado.

Sin embargo, esta premisa no admite su formulación inversa, de modo que la culminación de la génesis contractual no significa que el convenio obtenido sea válido, ni eficaz, sino que éste se ha formado debidamente, y que, por tanto, el contrato existe. Por último, hemos de clarificar la interrelación entre la perfección de los contratos y su eficacia o ineficacia, dado que la primera se configura como requisito previo de la segunda, y, además, porque, frecuentemente, el instante en el que se alcanza la perfección contractual coincide con el momento en que el acuerdo despliega sus efectos<sup>1169</sup>. La confusión de las nociones expuestas también encuentra su origen en el artículo 1.258 del Código Civil, al establecer que los contratos obligan desde que se perfeccionan. Sin embargo, la redacción del citado precepto no expresa que la perfección del acuerdo resultante determine su obligatoriedad o su eficacia, sino que ese estadio ulterior comienza una vez que se ha traspasado el momento en que finaliza la génesis contractual<sup>1170</sup>.

## **ii. CRITERIOS PARA FIJAR EL MOMENTO DE LA PERFECCIÓN CONTRACTUAL**

### **ii.1. ARTÍCULOS 1.262, N°2 DEL CÓDIGO CIVIL Y 54 DEL CÓDIGO DE COMERCIO**

En una primera aproximación, resulta lógico inferir que el legislador decimonónico sólo se preocupó de ofrecer una regla a fin de determinar el instante de la conclusión contractual en el segundo párrafo del artículo 1.262 del Código Civil, según el cual “*La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento*”. Asimismo, también puede deducirse que los redactores del Código Civil sólo consideraban necesaria una máxima específica cuando la relación entre los intervinientes se sustentaba a través de la correspondencia postal, lo que, en principio, se acomodaba a la restricción de los cauces que posibilitaban el establecimiento de vínculos contractuales entre personas localizadas en distintos emplazamientos físicos.<sup>1171</sup> Esta circunstancia abocaba a perfilar un escenario

---

las partes que constituyen el consentimiento, ya que determina el contenido contractual, por lo que dicha correspondencia ha de darse no sólo con relación al objeto y a la causa, sino también respecto a las estipulaciones que los futuros contratantes hayan elevado a la categoría de esenciales; 4) La plasmación del consentimiento expresado en una cierta forma jurídica, que permita identificar la existencia y naturaleza del contrato; y 5) La concurrencia de las declaraciones de los intervinientes en un momento y lugar concretos.

<sup>1169</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., pp. 1076 y 1.077 –Ramón Areces–.

<sup>1170</sup> Como regla general, ya que el comienzo de la producción de los efectos jurídicos de un contrato se puede posponer a un momento ulterior al de la perfección contractual; se puede subordinar a un hecho jurídico –una condición– o a un acto jurídico ulterior –ejercicio de la opción de compra–; o se puede impedir el cumplimiento –desistimiento, retirada, etc.–.

<sup>1171</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 130 y nota 173) señala que la opción de acoger la teoría de la cognición procede de la adoptada por LAURENT en su *Avant-Project*, que se inclina por la misma a causa de la generalización del supuesto previsto en el artículo 932 del Código Civil francés en el tema de la donación. Sin embargo, actualmente la doctrina más autorizada

donde los futuros contratantes se encontraban situados en puntos espaciales entre los que mediaba una distancia geográfica que, inevitablemente, conllevaba un alejamiento temporal en la emisión de las diferentes declaraciones de voluntad que podrían llegar a conformar el acuerdo resultante.

En conclusión, el planteamiento que contemplaba la redacción inicial del artículo 1.262, nº 2 se circunscribía a la clasificación tradicional de la contratación entre ausentes<sup>1172</sup>, pero limitada a la utilización de un único medio de comunicación, consistente en el intercambio de epístolas. Sin embargo, el Código de Comercio, cuya promulgación se produjo cuatro años antes, contemplaba otro sistema técnico de comunicación, la correspondencia telegráfica, por lo que carece de justificación que el Código Civil no hiciera alusión a esa vía. Asimismo, tampoco creemos que pueda calificarse como una exigencia insuperable que señalemos que el legislador debió haber realizado un ejercicio de abstracción y, en consecuencia, debió haber elaborado un principio general que no se identificara con un único instrumento que permitiera el intercambio de las propuestas y respuestas acaecidas durante la formación de un contrato.

Asimismo, en la misma línea queremos apuntar que, a nuestro juicio, la situación del estado de la técnica en la época de la promulgación del Código Civil no excusa que la atención de sus redactores se centrara en la separación física existente entre las partes, y no en el periodo de tiempo que transcurría entre las declaraciones de voluntad de aquéllos. Tal y como expusimos anteriormente, compartimos la opinión de un nutrido grupo de eminentes civilistas que sitúan la clave en el elemento temporal que media entre la emisión y la recepción de las diversas manifestaciones de voluntad formuladas por los futuros contratantes<sup>1173</sup>. En cuanto al axioma concreto para solventar la situación descrita, hemos de destacar que, prácticamente, no surgió discusión alguna acerca de la elección de la teoría de la cognición como criterio para delimitar el momento en el que se perfeccionan los contratos celebrados *inter absentes*<sup>1174</sup>.

Por el contrario, se produjeron innumerables disputas doctrinales sobre la tesis que acogía el artículo 54 del Código de Comercio ante la oscuridad que se desprendía del tenor literal de dicha norma, y el dilema discurría entre la teoría de la expedición y la de la emisión. Además, surgieron disensiones acerca de la

---

considera que, precisamente, es en materia de donación en donde nuestro artículo 629 representa una excepción a la regla general de perfección contenida en el artículo 1.262.

<sup>1172</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., pp. 1078 y 1.079 –Ramón Areces-) señala que, ante el planteamiento tradicional que sigue como regla general nuestro Código Civil, la posibilidad de contratación entre personas distantes se circunscribe a los supuestos de formación sucesiva.

<sup>1173</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 1.079 –Ramón Areces-.

<sup>1174</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 130) explica que esa postura vendría refrendada por el artículo 1.257, nº 2 del Código Civil. En la misma dirección, BERROCAL LANZAROT, op. cit., p. 61.

razonabilidad del respaldo científico en que se fundamentaba la dualidad de criterios en la esfera civil y mercantil. Pese a que la corriente mayoritaria defendió la primera opción, debido a la hipotética necesidad de una mayor agilidad en el tráfico comercial<sup>1175</sup>, nos adherimos a la opinión doctrinal minoritaria que preconizaba el reconocimiento del segundo principio<sup>1176</sup>. El argumento normativo que sostiene esta última postura estriba en el análisis comparativo con su precedente en el Código de Comercio de 1.829, cuya redacción no ofrece duda alguna sobre la elección de la tesis de la remisión<sup>1177</sup>.

Asimismo, a nuestro juicio, el criterio de la expedición confiere la suficiente celeridad al desenvolvimiento de las transacciones mercantiles. Al mismo tiempo, impedía que la determinación del momento de la perfección de los acuerdos con valor contractual quedase al arbitrio de uno de los futuros contratantes, que se identifica con el eventual aceptante en el supuesto de la máxima de la declaración. Por otro lado, la disparidad normativa en la órbita civil y en la mercantil descansaba en la convicción generalizada de que en la esfera de la contratación civil debía primar la seguridad jurídica frente a la rapidez de las operaciones económicas, rasgo distintivo de las relaciones de naturaleza mercantil. En consecuencia, se valoraba más apropiado que la culminación del proceso formativo en el campo de los intercambios entre particulares se rigiera por la teoría de la cognición, y, en su defecto, por el axioma basado en la recepción<sup>1178</sup>.

En cuando a la posición patrocinada por el artículo 1.262, nº 2 del Código Civil, desde fechas tempranas la doctrina y la jurisprudencia observaron la conveniencia de mitigar el rigor, y, por tanto, las consecuencias inadecuadas que generaba la aplicación de la teoría del conocimiento en el ámbito civil. De esta manera, si bien se respetaba que la regla principal era la necesidad del conocimiento de la aceptación por su destinatario, cuando éste deviene imposible por causas únicamente imputables al oferente, la perfección del contrato debe reconducirse

---

<sup>1175</sup> GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, T. III, V. 1º, Tecnos, Madrid, 1964, p. 57; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 17ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1990, p. 532; y BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 8ª edic., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 396 y 397.

<sup>1176</sup> PUIG BRUTAU, “*Fundamentos ...*”, cit. p. 219.

<sup>1177</sup> BERCOVITZ (“*Codificación civil ...*”, cit., p. 309) asevera que el artículo 54 del Código de Comercio tiene su precedente en el artículo 243 del Código de Comercio de 1829, que consagraba la tesis de la expedición, por lo que se inclina por apoyar esa postura ante la duda que suscita su actual redacción, lo que, además, evitaría los problemas derivados de la teoría de la emisión.

<sup>1178</sup> GARRIGUES, “*Curso ...*”, pp. 10 y 14; URÍA, op. cit., p. 532; y BROSETA PONT, op. cit., p. 396; y, por parte de la doctrina civilista, ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ, op. cit. 174. Creemos interesante poner de relieve las consideraciones expuestas por GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 130 y nota 174), quien señala que no puede hacerse un examen simplista del tema en función de las ventajas que se atribuyen a las mismas, pero sin tener en cuenta los intereses en juego y las dificultades que presentan. La celeridad es sólo uno de los diversos criterios a tener en cuenta, pero también hay que valorar el tema probatorio, la asunción de las posiciones de oferente y aceptante y los problemas de una eventual revocación, analizar la trascendente cuestión de la competencia judicial, y ver si pueden disociarse o no los criterios sobre el momento y lugar de perfección. La citada autora concluye que, en el fondo, puede llegarse a la conclusión de que los problemas son muy similares en los dos ámbitos, y la solución en ambos Códigos excesivamente simplista para hacer frente a las necesidades del tráfico actual.

hacia el momento en que aquél pudo adquirir la debida conciencia y comprensión del sentido de la contestación recibida<sup>1179</sup>. Por consiguiente, se introdujo un criterio subsidiario basado en la cognoscibilidad, ya que se equipara el conocimiento real y efectivo a la posibilidad de conocer. En consecuencia, se afirmaba que la versión primigenia del artículo 1.262, nº 2 del Código Civil acogía la teoría de la cognición, pero convenientemente matizada por la tesis de la recepción<sup>1180</sup>, al objeto de evitar la comisión de posibles abusos por parte del proponente primigenio.

En la mayoría de las ocasiones, la probabilidad del conocimiento de la respuesta del destinatario de la propuesta inicial se equipara a la recepción de dicha conformidad<sup>1181</sup>. Esta contingencia puede materializarse bien en la llegada de la comunicación directamente a poder del oferente, bien en la entrega de la misma dentro del ámbito o círculo de intereses de aquél, sin perjuicio de que no adquiera conciencia material de tal aquiescencia. Asimismo, tanto los expertos como los tribunales pusieron de relieve atinadamente que también se puede afirmar la eventualidad del conocimiento del asentimiento remitido por el teórico aceptante por el oferente a pesar de que dicha contestación no consiguiera alcanzar ni a aquél, ni a la esfera personal o profesional que designó<sup>1182</sup>. En puridad, se trata de evitar que la culminación de la construcción del convenio pueda verse paralizada o diferida por la conducta obstativa desplegada por el oferente, siempre que el destinatario de la propuesta inicial hubiera efectuado diligentemente los actos que le competen<sup>1183</sup>.

---

<sup>1179</sup> LACRUZ BERDEJO, “*Elementos ...*”, cit., p. 377. Sin embargo, MORENO QUESADA (“*La oferta de...*”, cit., p. 75) propone que el oferente de mala fe responda de los daños y perjuicios que cause a la otra parte debido a su actitud.

<sup>1180</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., p. 1080 –Ramón Areces-) entiende que la imposibilidad de que los cuatros criterios elaborados por la doctrina solventen todas las cuestiones que generan los contratos entre ausentes de formación sucesiva ha provocado que, en determinadas legislaciones, se adopte como base alguno de los sistemas descritos y se introduzcan criterios correctores para salvar sus defectos. El ejemplo paradigmático es el Código Civil italiano, que acoge un sistema intermedio entre el criterio de cognición y el de recepción, en virtud de la relación entre los artículos 1.326 y 1.335.

<sup>1181</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 138) explica que la equivalencia expuesta se configura como una presunción, de modo que la prueba de que la declaración pudo ser conocida por el destinatario provocará que se infiera que su desconocimiento obedeció a su culpa, por lo que deberá asumir la carga de destruir dicha deducción.

<sup>1182</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A. (“Comentario al artículo 1.262 del Código Civil tras la reforma introducida por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”, AC, núm. 10, marzo 2003, pp. 265 y 266) matiza que la relevancia jurídica se atribuye a la posibilidad de conocimiento de la aquiescencia formulada por el aceptante, de forma que la clave no ha de situarse en la recepción, ya que la cognoscibilidad puede tener lugar por vías diferentes, pese a que la llegada de dicha declaración no se haya producido. En la misma línea, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., pp. 1141 y 1142 –Ramón Areces-.

<sup>1183</sup> Hemos de destacar la temprana labor de la jurisprudencia recaída, sobre todo, con ocasión del examen de los conflictos surgidos en el área de los contratos de opción de compra, como la designación por el concedente de un domicilio inexacto –STS, Sala de lo Civil, 26 mayo 1976- o en el supuesto de que el optante no consiga comunicar el ejercicio de su derecho de opción previo requerimiento a un Notario debido a la ausencia del oferente, y pese a las reiteradas llamadas del actuante –STS, Sala de lo Civil, 7 noviembre 1977-. Creemos oportuno recoger los términos empleados por nuestro Alto Tribunal en las SSTs, Sala de lo Civil, 28 mayo 1976 y 29 septiembre 1981: “[...] si bien tal declaración del optante tiene carácter recepticio, lo que quiere decir que ha de ser notificada al concedente durante la vigencia del plazo opcional, a fin de ser conocida por este último, tal como proclaman las sentencias (...), pero bien entendido que lo que con la notificación se pretende es tan sólo el conocimiento del oferente, pero no su conformidad con la declaración de compra del optante, (...) debiendo considerarse recibida tal declaración aun en el supuesto de la falta de recepción del documento que así la contenga, cuando no estaba en la potestad del optante, y si del destinatario oferente, el conseguir u obtener tal conocimiento, como

Asimismo, hemos de tener presente que, unánimemente, se conceptuaba al artículo 1.262, nº 2 del Código Civil como una norma dispositiva, por lo que se podía disponer una máxima diferente de la prevista por el precepto reseñado, ya sea por voluntad del oferente, ya sea mediante pacto de las partes. En este sentido, se podía estipular que la conclusión del contrato negociado no requiriese inexcusablemente el conocimiento del oferente, que exigiera la exteriorización del asentimiento en una forma precisa, o, por el contrario, que se concediera completa libertad a tal efecto<sup>1184</sup>. En esta línea, cierto sector doctrinal apuntaba que el propio Código Civil admitía excepciones a la regla general en materias específicas. Se proponía como ejemplo la figura de la donación, cuya perfección, pese a la dicción literal del artículo 623, se afirmaba que acontecía con la emisión de la conformidad por el donatario, y, por tanto, antes de ser conocida por el donante<sup>1185</sup>.

Las consideraciones expuestas no han perdido su validez tras la reforma de la norma que examinamos, mediante la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico –en adelante, LSSI-. Por otra parte, la dicción primitiva de dicho precepto suscitaba una incertidumbre que estimamos oportuno señalar, a pesar de que se zanjó a través de la modificación legal indicada, y de que no se producía con la redacción del artículo 54 del código mercantil, debido a la trascendencia del debate doctrinal que originó. En este sentido, la norma del Código de Derecho común únicamente preveía el instante a partir del cual el proponente quedaba obligado, y, sin embargo, no aludía al eventual aceptante. Una tendencia doctrinal minoritaria dedujo que los efectos obligatorios que derivaban de la perfección contractual nacían en momentos diferentes en función de la posición que ostentaban los intervinientes. Por lo que concierne al destinatario de la oferta, aseguraban que la emisión de la aceptación vinculaba a su autor, de manera que no podía “revocarla” ni retirarla.

En cambio, la sujeción del proponente inicial acontecía posteriormente de acuerdo al criterio acogido por el precepto, es decir, una vez que hubiera conocido el asentimiento formulado, o bien hubiera tenido la posibilidad de hacerlo<sup>1186</sup>. Asimismo, entendían que el ejercicio de la facultad de retractación en el periodo que

---

ocurre en el caso de que fuera emitida oportunamente la declaración por el optante y no llegó a conocimiento del concedente por causa exclusivamente a él imputable”.

<sup>1184</sup> En este sentido, debemos traer a colación la importancia de los usos del tráfico, según la paradigmática STS, Sala de lo Civil, 10 octubre 1980.

<sup>1185</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., pp. 1086 y 1087) arguye otros artículos reguladores de dicha institución, según los cuales, desde el momento en que la donación es aceptada existe jurídicamente –art. 623- y produce efecto –art. 629-, frente a la afirmación de que la transmisión deviene irrevocable desde el instante en que la donación es conocida por el donante –art. 623-. No obstante, GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., p. 131 y nota 176) aclara que, por el contrario, LAURENT –en el comentario que formula al artículo 1.058 del *Avant-Project*, antecedente de nuestro artículo 1.262- establece el paralelismo entre la solución adoptada en el ámbito contractual y la asumida por el artículo 932 del Código Civil francés en cuanto a la donación, e indica que no es una regla especial para esta última.

<sup>1186</sup> PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, T. IV, V. II, RDP, Madrid, 1946, p. 55.

mediaba entre la formulación de la aquiescencia y su conocimiento -o recepción- por el ofertante se reservaba por ley a favor de este último, pese a que reconocían que generaba cierto desequilibrio entre las partes<sup>1187</sup>. No obstante, consideraban que la desigualdad apuntada quedaba justificada por la circunstancia fáctica de que el destinatario de la propuesta primitiva conocía antes que el emisor de tal proposición la conformidad alcanzada en cuanto al contrato proyectado. Por consiguiente, concluían que el hipotético aceptante debía quedar obligado con anterioridad al oferente<sup>1188</sup>.

Sin embargo, la posición doctrinal descrita no se orientaba hacia el análisis de la problemática que nos ocupa, sino que se dirigía a la determinación del límite temporal máximo a efectos de la eventualidad de la revocación de la aquiescencia, aunque, realmente, aludían a la posibilidad de su retiro<sup>1189</sup>. Tal y como expusimos al hilo del examen de esa última figura, no compartimos el punto de vista de esta postura científica, y tampoco participamos de su extrapolación hacia la fijación del instante de la perfección contractual<sup>1190</sup>. La mayoría de los especialistas y de los pronunciamientos jurisprudenciales recaídos<sup>1191</sup> se opusieron, acertadamente, a este planteamiento, por cuanto consideraban que la adecuada exégesis de la norma permitía aseverar que el momento en el que se perfeccionaban los acuerdos con valor contractual era único, y, por consiguiente, su eficacia obligatoria se desplegaba al mismo tiempo para todos los intervinientes en el proceso de su construcción<sup>1192</sup>.

Sin perjuicio del escaso eco que encontró esta posición doctrinal minoritaria, se puso de relieve que potenció el surgimiento del debate sobre la necesidad de perfilar las eventuales diferencias entre el instante en que se alcanza la culminación de la génesis contractual y el momento final para el ejercicio del poder de revocación -y retirada- de las declaraciones de voluntad que coadyuvan a la formación del contrato<sup>1193</sup>. Por último, hemos de indicar que la doctrina más autorizada señalaba, a nuestro juicio con buen tino, que el artículo 1.262, nº 2 se enfocaba únicamente

---

<sup>1187</sup> Cita obligada resulta la alegación de la vulneración del artículo 1.256 del Código Civil, cuyo trasunto se localiza en el proyectado artículo 1.237, nº 2 de la Propuesta de Modernización del Código Civil.

<sup>1188</sup> MANRESA Y NAVARRO, op. cit., p. 517.

<sup>1189</sup> Nos remitimos a la explicación ofrecida en este aspecto con ocasión del examen de la retirada de la aceptación.

<sup>1190</sup> Podemos citar, como exponentes de la misma, a PUIG BRUTAU, "*Fundamentos ...*", cit., p. 202 y a LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 1082.

<sup>1191</sup> STS, Sala de lo Civil, 3 mayo 1978, que enumera pronunciamientos anteriores.

<sup>1192</sup> No podemos dejar de reconocer que una interpretación estrictamente literal del vigente artículo 1.262 puede justificar posturas como la del sector doctrinal minoritario aludido, pero entendemos, junto a la mayoría de los autores, que el objetivo del citado precepto consiste en la fijación del momento de la culminación del proceso formativo del contrato, lo que suponen la concreción de un único instante para la perfección contractual, y, por tanto, para la obligatoriedad derivada del acuerdo alcanzado.

<sup>1193</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., pp. 137 y 138) estima que la doctrina se ha apresurado a criticar la postura minoritaria de sus partidarios desde la perspectiva que ofrece un flanco más fácil, es decir, desde el punto de vista de la perfección del contrato, sin atisbar que pudieron intuir un tema que la autora considera que ha de ponerse de relieve, y que es la distinción a la que aludimos en el texto. En este sentido, se apunta que los seguidores de dicha tesis incurrieron en el equívoco de asociar sus interpretaciones relativas al último instante para ejercitar la revocación de la aceptación con la problemática de la perfección contractual.

hacia la satisfacción de los interrogantes que provenían de la contratación entre personas alejadas materialmente, y no las dificultadas emanadas de los contratos entre presentes<sup>1194</sup>. Sin embargo, otro sector doctrinal sustentaba dicho aserto sobre la base de argumentos diferentes y extraía distintas conclusiones, lo que generó un debate cuya relevancia persiste después del cambio legal articulado por la LSSI.

El citado grupo minoritario infería ese corolario de la excepcionalidad que atribuían a la regla contenida en el segundo párrafo de la norma examinada. En tal sentido, alegaban que el criterio contenido en dicho precepto se oponía al que preconizaban los artículos 1.254, 1.258 y 1.262, n° 1 del Código Civil. Estos autores deducían que la exégesis de tales normas conllevaba que la conclusión del contrato acontecía en el momento de la emisión del asentimiento por el destinatario de la oferta, ya que en ese instante confluían las dos declaraciones fundamentales para la construcción del contrato, y, por tanto, finalizaba el *iter* formativo. Uno de los desenlaces de dicha interpretación se plasmaba en la imposibilidad de invocar la aplicación de esa previsión particular a los acuerdos con valor contractual logrados cuando los intervinientes estaban reunidos en el mismo lugar<sup>1195</sup>. Tal y como hemos anticipado, ese corolario era unánimemente admitido, pero desde una perspectiva completamente diferente.

La opinión científica dominante, junto a la que nos posicionamos, alegaba que los antecedentes del artículo 1.262 del Código Civil abonaban la afirmación de que la contratación *inter praesentes* se contemplaba en el párrafo primero del precepto indicado. Sin embargo, rechazaba la singularidad del supuesto regulado en el segundo párrafo del reiterado precepto, ya que entendían que los artículos 1.254, 1.258 y 1.262, n° 1 del mismo cuerpo legal únicamente aludían a que los contratos se perfeccionaban por el mero consentimiento, es decir, proclamaban el consensualismo. Por consiguiente, no se podía inferir de tales normas el axioma general de que la conclusión acontece en el instante en que el destinatario de la oferta formula su asentimiento. Además, también señalaba que el principio consensualista que preconizaban tales normas no se oponía a que el momento de la perfección contractual se situara en etapas diferentes, lo que posibilitó el nacimiento de las cuatro teorías examinadas anteriormente<sup>1196</sup>.

---

<sup>1194</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, op. cit., p. 241.

<sup>1195</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ, op. cit, pp. 170 y 171. Por el contrario, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (op. cit., p. 241) entienden que nuestro Código Civil no contempla cuando se perfeccionan las declaraciones formuladas entre presentes, dado que el primer párrafo del artículo 1.262 no concreta el instante en que se produce el concurso de la oferta y de la aceptación. En consecuencia, entienden que se debe aplicar por analogía la regla contenida el siguiente párrafo de dicha norma, y, por tanto, la manifestación de voluntad recepticia se perfeccionará cuando sea conocida por su destinatario.

<sup>1196</sup> Vid por todos, GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., pp. 135 y 136), quien acertadamente apunta que el axioma que prevé el artículo 1.262, n° 2 no es excepcional, por cuanto dicha afirmación supondría admitir que el principio general consiste en que la perfección contractual acontece en el momento en que se emite la aceptación. Sin embargo, el Código Civil no recoge dicha regla, ni se puede inferir de los invocados artículos 1.254, 1.258 y 1.261, n° 1. La civilista mencionada señala



Asimismo, la postura minoritaria señalada también conducía a la máxima que propugnaba que los contratos consensuales se perfeccionaban cuando el eventual aceptante emitía su respuesta, lo que contradecía frontalmente la exigencia de la coincidencia de las voluntades de los intervinientes<sup>1197</sup>. Sin embargo, se opone que, en ese punto temporal, las declaraciones de los futuros contratantes coexistían, pero no concurrían, por cuanto dicha conjugación sólo podía producirse cuando el oferente alcanzaba a saber que su proposición había sido aceptado por el destinatario. De este modo, se defendía mayoritariamente que el segundo párrafo del artículo simplemente atendía a la resolución de un inconveniente peculiar que no surgía en los contratos *inter praesentes*, ya que en este tipo de acuerdos no existe ningún intervalo temporal apreciable entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el ofertante, hasta el punto de admitir que coinciden temporalmente.

Sin embargo, hemos de matizar que la alusión a la contratación entre presentes no se debe constreñir a los convenios cuya conclusión se produce cuando los partícipes están reunidos en el mismo lugar, sino, que en consonancia con nuestras explicaciones previas, debe englobar todas las hipótesis en que no se produce ningún diferimiento temporal entre la emisión de las manifestaciones de voluntad de las partes y su subsiguiente recepción –o conocimiento–<sup>1198</sup>. La puntualización indicada adquiere una significación fundamental para enmarcar adecuadamente el razonamiento anterior. En este sentido, la intrascendencia de que la culminación contractual se produzca en el instante de la emisión de la aceptación, de su expedición, de su recepción o de su conocimiento por el proponente inicial en esta modalidad de contratos sólo puede afirmarse con relación al momento de su perfección, y no respecto del lugar en que se logre<sup>1199</sup>.

---

que estamos ante un falso problema, motivado, probablemente, por la necesidad de vincular las respuestas a dos cuestiones diferentes, el momento y el lugar en que debe entenderse se producida la culminación de la generación del contrato.

<sup>1197</sup> ROGEL VIDE (“*Momento y lugar ...*”, cit., p. 595) asevera que la regla general plasmada en el Código Civil es que la perfección tiene lugar donde y cuando se emite la declaración de voluntad mediante la que se presta la conformidad, por cuanto en ese momento finaliza la formación del contrato. Además de argüir los preceptos mencionados en apoyo del aserto anterior –arts. 1.254, 1.258 y 1.262, nº 1–, también aduce los pronunciamientos contenidos en la SSTS, Sala de lo Civil, 5 junio 1963 y 31 marzo 1970, en la medida en que hacen girar la conclusión del contrato en torno al artículo 1.254. En consecuencia, el citado autor concluye que la máxima arbitrada por el Código Civil en el artículo 1.262, nº 2 es excepcional, y contraria a la regla contenida en el párrafo anterior. En esta línea, se sitúan claramente ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 171), por cuanto exponen que los artículos 1.258 y 1.261, nº 1 responden al sistema de la declaración, mientras que el artículo 1.262, nº 2 sienta el criterio de la cognición.

<sup>1198</sup> MANRESA Y NAVARRO (op. cit., p. 598) afirma que la cuestión trascendente con relación a la formación del contrato es el momento en que finaliza, es decir, el momento en que se produce la perfección contractual, lo que acontece con la emisión de la aquiescencia, dado que en ese preciso instante aflora el consentimiento. Asimismo, añade que en el caso de la contratación *inter praesentes* no se puede distinguir entre la formulación del asentimiento y su conocimiento, por cuanto éste se adquiere con carácter inmediato a la emisión de dicha declaración.

<sup>1199</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ (op. cit., p. 157) explican que, en los contratos entre presentes, al igual que en los acuerdos celebrados telefónicamente, los cuatro estados de la aceptación coinciden, en la mayoría de los casos, en un único instante. De esta forma, el ofertante conoce inmediatamente la avenencia del destinatario de su proposición una vez que éste decide aceptarla y emite su declaración, por lo que se culmina el *iter* formativo, sin que exista ninguna duda, a juicio de estos autores, sobre el momento en que ha de estimarse concluido.

De esta forma, en la hipótesis de que la inmediatez de la relación entablada obedezca a la utilización de un medio técnico que propicia ese efecto, y no a la proximidad de los futuros contratantes, es indudable que resultará determinante el momento preciso en que se concluye el contrato. Esta circunstancia es la que, en nuestra opinión y en la de numerosos especialistas, provocaba que se alegase la oportunidad de disociar las reglas que debían regir la precisión del momento y los criterios para concretar el lugar en que se perfeccionan los acuerdos con valor contractual. Sin embargo, la tendencia tradicional, apoyada en una concepción puramente voluntarista del contrato, preconizaba la coincidencia de ambos axiomas, lo que, como examinaremos posteriormente, es la fuente de las contradicciones surgidas con relación a las convenciones logradas gracias al empleo de sistemas que facilitan una comunicación de naturaleza simultánea<sup>1200</sup>.

A modo de epílogo, la respuesta a la controversia que suscita el momento de perfección del contrato se contenía con carácter general en el párrafo primero del artículo 1.262 del Código Civil, que, por su propia definición, se ajustaba a la contratación entre presentes. Con posterioridad, se extendió analógicamente a todos los casos en que el lapso temporal entre la transmisión y el conocimiento de las exteriorizaciones de voluntad devino jurídicamente irrelevante en virtud de la rapidez del medio de comunicación empleado. En el párrafo segundo de dicho precepto se introdujo una adaptación de esa regla para solventar un supuesto diferente, pero no excepcional. La práctica totalidad de la doctrina dedujo que la *ratio* de la norma estribaba en el transcurso de un intervalo de tiempo entre las declaraciones emitidas y su conocimiento por los destinatarios. Por tanto, pese a la limitación de los medios de comunicación previstos, no se encontraron obstáculos para su aplicación a todas las hipótesis en que se produjera esa coyuntura, con independencia del sistema de transmisión empleado<sup>1201</sup>.

## **ii.2. OTROS SISTEMAS DE COMUNICACIÓN PARA ALCANZAR LA PERFECCIÓN CONTRACTUAL**

### **ii.2.1. CUESTIONES GENERALES**

---

<sup>1200</sup> A partir de la STS, Sala de lo Civil, 3 enero 1948, reputados civilistas consideraban que la contratación telefónica poseía una naturaleza mixta, conforme a la cual gozaba del mismo tratamiento jurídico que la alcanzada entre presentes en cuanto al momento de la perfección contractual –GALLART CASES, R., “El momento de la perfección del contrato entre ausentes”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1960, pp. 290 y 291-, pero que debía reputarse celebrada *inter absentes* por lo que concierne al lugar en que se concluye –SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pp. 237 y 238 y ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ, op. cit., pp. 223-.

<sup>1201</sup> SCAEVOLA (op. cit., p. 662) expone que, si bien el Código Civil sólo menciona la aceptación por carta, podemos inferir que alude a cualquier otro medio material de comunicación del pensamiento, ya que la carta es una especie del género “correspondencia”, que puede ser telegráfica o telefónica, y “[...] aun cuando en lo menos no va comprendido lo más (como sucedería de hablar genéricamente de correspondencia, en vez de especie o de carta), es evidente, por identidad de razón, la aplicación del precepto”.

La consecuencia lógica de la restricción explícita de los instrumentos de comunicación para el establecimiento de relaciones contractuales entre sujetos separados físicamente al intercambio de misivas fue la incertidumbre que engendró la sucesiva irrupción de diferentes medios, dado que desbordaban el estricto presupuesto de hecho previsto por el legislador decimonónico. En especial, la situación se agravó con el surgimiento de nuevos sistemas que allanaban el camino hacia la transmisión simultánea de las diversas exteriorizaciones de voluntad producidas durante la construcción del contrato, sin que el alejamiento geográfico existente entre los declarantes influyera en la inmediación de su emisión y su correspondiente recepción –o de su conocimiento ulterior-. De esta forma, se generalizó la práctica doctrinal de escrutar las especialidades que podían presentar cada uno de los nuevos instrumentos técnicos que fueron aflorando sucesivamente, a fin de acomodarlos a las reglas positivas vigentes en esa etapa histórica<sup>1202</sup>.

El punto de partida del análisis indicado consistió en extrapolar la aplicación de la regla prevista por los redactores del Código Civil para el específico supuesto de la correspondencia epistolar a los nuevos recursos, si bien complementado con la valoración de los rasgos distintivos de cada uno de los sistemas posteriores. Asimismo, cuando se presentaron obstáculos insalvables que impidieron esa asimilación, se volvió la mirada hacia la conjetura tradicional, esto es, a la máxima prevista normativamente para los acuerdos contractuales *inter praesentes*. No obstante, se alzaron voces discrepantes que rechazaban esa perspectiva mayoritaria, por cuanto entendían que no proporcionaban argumentos científicos que sustentasen dicho paralelismo. Además, se censuraba que se intentara esbozar una teórica naturaleza jurídica inmutable atribuible al contrato, en su condición de categoría genérica, cuyas notas características se obtuvieran de la extrapolación de una especie concreta de convención, que se presumían comunes a toda tipología<sup>1203</sup>.

Sin embargo, hemos podido detectar preocupaciones genéricas que planean sobre la utilización de los medios de comunicación posteriores al correo. La primera incógnita afectaba a la idoneidad de las declaraciones formuladas mediante los novedosos métodos técnicos para expresar la intención de los intervinientes, y, por

---

<sup>1202</sup> Vid. por todos, CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación, ...”, cit., pp. 277 a 299 y ROGEL VIDE, “Momento y lugar ...”, cit., 577 a 598.

<sup>1203</sup> PUIG BRUTAU (“Fundamentos ...”, cit., pp. 223 y 224) explica que “En esta materia se ofrece con todo relieve lo que podría calificarse como el prototipo de la falacia que invade, muchas veces, el razonamiento de los juristas. Consiste en hacer depender la solución de un conflicto de intereses, de cierta referencia al concepto formado para dar expresión general a la solución de otro conflicto de intereses. (...) La equiparación del contrato entre ausentes a un tipo único de contratos formados por la generalización de los rasgos propios del contrato entre presentes, ha conducido varias veces a la consecuencia de afirmar que procede reconocer que el contrato solo se perfecciona cuando el proponente se entera de la aceptación. En el contrato entre presentes las circunstancias imponen necesariamente el conocimiento de la aceptación por parte del oferente. Por ello se cree necesario que en la contratación entre ausentes la perfección del contrato no se produzca hasta que el oferente conoce la aceptación”.

tanto, sobre los recelos que despertaba la validez del consentimiento alcanzado<sup>1204</sup>. En segunda instancia, se destacaban las dificultades que repercutían en la facilidad del acceso a las evidencias de la contratación efectuada<sup>1205</sup>. Tal y como comentamos anteriormente, las teorías de la emisión y de la cognición adolecen de colocar el completo control de los medios probatorios al arbitrio de uno de los intervinientes, obviamente en detrimento de la contraparte. De este modo, el eventual aceptante, según la primera tesis, o el ofertante, conforme a la segunda opción, tienen a su exclusivo alcance la posibilidad de demostrar el momento en que se produjo la concurrencia de las voluntades, y, por tanto, la existencia del contrato<sup>1206</sup>.

Precisamente, una de las ventajas destacadas de los criterios intermedios es que introdujeron un mayor equilibrio de las posiciones de las partes en este campo. En ambos casos, la culminación del proceso formativo del contrato no se produce únicamente en la esfera de dominio de uno de los intervinientes, sino que requiere la actuación de personas ajenas a esa relación. Por consiguiente, aunque uno de los futuros contratantes disfrute de un acercamiento más sencillo a los vestigios de las comunicaciones habidas, al protagonizar la conducta decisiva, el otro sujeto podrá solicitar a terceros intervinientes la disponibilidad de ciertos rastros subsistentes para demostrar la perfección y el instante en que se produjo. Sin embargo, la utilización de sistemas de comunicación distintos a la reunión presencial de los intervinientes y al intercambio de misivas o mensajes provocaron la aparición de suspicacias generalizadas, que se fueron repitiendo con ocasión de la irrupción de los siguientes adelantos tecnológicos<sup>1207</sup>.

No podemos encontrar ningún ejemplo mejor que la propia regulación comprendida en el artículo 51, nº 2 del Código de Comercio, por cuanto el legislador

---

<sup>1204</sup> ROGEL VIDE, “*Momento y lugar ...*”, cit., pp. 588 y 589 – 591 y 592.

<sup>1205</sup> Hemos de puntualizar que, si bien, con carácter general, la carga de la prueba corresponde al demandante o a quien reclama y alega, y, por tanto, debe demostrar la certeza de los hechos, hay que tener en cuenta también la facilidad y disponibilidad probatoria. De este modo, se puede invertir el principio general expuesto y hacer recaer la carga de la prueba sobre la parte que tiene acceso sobre la misma, por cuanto le resulta más fácil que a la contraparte probar ciertos hechos. Queremos hacer alusión a la STS, Sala de lo Civil, 19 mayo 2015, la cual se enfrentaba a un supuesto de hecho en el que las pruebas consistían en evidencias electrónicas, por lo que debían ser abordadas con cautelas. Asimismo, apunta nuestro Alto Tribunal que resulta esencial abordar con un nuevo enfoque tanto el ejercicio de la actividad probatoria por parte de la dirección técnica del proceso como los procesos de convicción por parte del juzgador. A tales efectos, por la especialidad que supone una evidencia digital y considerando las “cautelas” mencionadas, todos los actores involucrados en el proceso deberán considerar la necesidad ineludible de poner a disposición del juzgador, de manera adicional y concurrente, la mayor cantidad posible de evidencias complementarias que puedan poner en contexto el hecho que se pretende probar y destierren la sombra de cualquier alteración o manipulación en el establecimiento de la verdad formal, base de todo proceso.

<sup>1206</sup> MARTÍNEZ GALLEGÓ, “La contratación entre personas no presentes al amparo de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información. Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002”, VVAA *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, pp. 314 a 318.

<sup>1207</sup> Afortunadamente, en la actualidad se trata de un debate superado, pero no hemos de olvidar que este avance se produjo paulatinamente gracias a las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales que se fueron sucediendo a medida que surgieron los diversos medios de comunicación. En este sentido, BERROCAL LANZAROT, A. I., “Perfección del contrato: Unificación de criterios”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 100, enero 2009, pp. 49 y 50. Asimismo, debemos destacar la labor jurisprudencial en pos de la extensión analógica de la regulación originaria del Código Civil, que sólo hacía referencia a la correspondencia postal, al telégrafo, télex, fax, o correo electrónico en todas su variedades –SSTS, Sala de lo Civil, 29 abril, 7 junio y 30 julio 1996, 26 noviembre 1987, 31 diciembre 1997, 28 abril 1999 y 28 enero 2000–.

sujetó el empleo del telégrafo a exigencias de tal entidad que supusieron verdaderas trabas a su utilización<sup>1208</sup>. En este sentido, hemos de trasladar dos contrariedades que se atribuyeron específicamente al empleo del telégrafo por dos motivos ajenos a la complejidad intrínseca de su resolución. Por una parte, a causa de su íntima conexión con la problemática de la concreción del momento y lugar de perfección de los contratos. Por otro lado, porque resultaban novedosos en comparación con las posibles complicaciones derivadas de los envíos postales, y se esgrimieron para desechar el uso de las innovadoras tecnologías de comunicación desarrolladas desde el último tercio del siglo pasado. De este modo, se constató la necesidad de, en primer lugar, confirmar la identidad del remitente<sup>1209</sup>, y, en segundo lugar, paliar los posibles errores en la transmisión de las declaraciones de voluntad<sup>1210</sup>.

La implantación de las comunicaciones por vía telefónica levantó menos recelos que la anterior, debido a la posibilidad de constatar la identidad del emisor de la declaración por el receptor de la misma. Sin embargo, arreciaron las reprobaciones dirigidas hacia su limitación probatoria, dado que no se reflejaban en soportes escritos. A nuestro juicio, tal objeción carece de fundamento, por cuanto el escenario en el que se mueven las relaciones contractuales establecidas por este cauce es totalmente equiparable al de los acuerdos celebrados gracias a la presencia física de las partes en el mismo lugar. Sin embargo, aun cuando siempre se ha destacado la dificultad natural de la contratación entre presentes para acreditar la realidad y el tenor de los convenios alcanzados, nunca se ha esgrimido para refutar su aptitud a tales efectos. De hecho, fue el único método al que las partes podían recurrir para ligarse contractualmente hasta que se generalizó el uso de la escritura y se organizaron adecuadamente los servicios estatales de Correos<sup>1211</sup>.

---

<sup>1208</sup> Acuerdo de las partes para su utilización en contrato escrito, junto a la inclusión en los propios telegramas de las condiciones o signos convencionales que hubiesen pactado las partes. La doctrina puso de manifiesto tempranamente las restricciones derivadas de las prescripciones legales con relación al telégrafo, las cuales pugnaban con la rapidez propia del telégrafo, por lo que, al parecer, los comerciantes utilizaban la correspondencia telegráfica y luego confirmaban el contenido de la misma mediante la epistolar -ÁLVAREZ DEL MANZANO, F., BONILLA, A., y MIÑANA, E., *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, T. I, Victoriano Suárez, Madrid, 1915, p. 552-.

<sup>1209</sup> El peligro que se detectaba era la usurpación de la personalidad del hipotético remitente, y, por tanto, que la confianza depositada en la conclusión del contrato propuesto pudiera irrogarle perjuicios al eventual aceptante. A diferencia de las cartas, en las que, normalmente, se incluye la firma manuscrita de su emisor –aunque se utilice una máquina de escribir o un tratamiento de textos informático-, la correspondencia telegráfica no integraba ese signo distintivo. Además, tampoco resultaba preceptivo que el individuo que encargara la expedición del telegrama fuera su autor. ORUS MORATA (op. cit., octubre-diciembre, pp. 19 y 20) explica que no se consiguió ninguna de las finalidades supuestamente pretendidas por el legislador, y que el resultado se plasmó en la limitación de un principio general de la contratación universalmente admitido.

<sup>1210</sup> El problema se centraba en la inexactitud del mensaje transmitido, y, a su vez, recibido por su destinatario frente al texto entregado en la oficina remitente por su autor o por otra persona legitimada. En este sentido, se podría invocar la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ya que es un funcionario adscrito a la oficina de Correos el que se ocupaba de realizar los actos necesarios para la expedición del telegrama, por lo que, habitualmente, sería el causante de la divergencia. En cambio, si recae la responsabilidad en los otros partícipes, al haber facilitado el emisor o designado el receptor una dirección de entrega incorrecta, podría recurrirse a la aplicación de artículo 1.266 del Código Civil.

<sup>1211</sup> ROGEL VIDE, “Momento y lugar ...”, cit., p. 591.

La constatación escrita de la contratación alcanzada proporciona un alto grado de certidumbre, pero su ausencia no constituye argumento suficiente para rechazar las nuevas fórmulas contractuales, como tampoco ha servido para refutar los incontables acuerdos logrados históricamente con carácter presencial. Por último, los problemas específicamente atribuidos a la correspondencia telegráfica se pusieron nuevamente de relieve con ocasión de las comunicaciones electrónicas. A nuestro modo de ver, los reparos objetados respondieron a una reacción generada por el desconocimiento de la tecnología subyacente. Sin embargo, constituyen vías seguras para la transmisión de las manifestaciones de voluntad, y proporcionan toda suerte de testimonios que acreditan la efectividad de la contratación y el momento de su perfección<sup>1212</sup>. De este modo, aunque los juristas no deben apoyarse en meros datos técnicos, han de apreciarlos correctamente a la hora de formular objeciones que limiten el desenvolvimiento de las relaciones contractuales.

### **ii.2.2. TELÉGRAFO**

La doctrina civilista dirigió su atención hacia la búsqueda de la posible justificación normativa de la utilización de este instrumento en concreto, lo que conferiría un definitivo valor contractual a las declaraciones formuladas por este medio de comunicación. Con tal objetivo, sugirió la aplicación del artículo 51, n° 2 del Código de Comercio, en virtud de la interpretación sistemática consagrada en el artículo 3 del Código Civil. Sin embargo, se rechazó dicha propuesta por dos motivos. Por un lado, se recurrió a su posible calificación como norma excepcional, dado que constituía una salvedad notoria en contraposición con el principio general de la libertad contractual, proclamado en el primer párrafo del mismo precepto, e imperante en nuestro ordenamiento jurídico<sup>1213</sup>. Y, por otro lado, la finalidad claramente restrictiva que subyacía a dicha norma mercantil, debido a la desconfianza del legislador, finalmente resultó totalmente infundada<sup>1214</sup>.

---

<sup>1212</sup> GONZÁLEZ GOZALO (*“La formación ...”*, cit., p. 703) expone que la regla prevista en el artículo 51, n° 2 del Código de Comercio debe interpretarse restrictivamente, dado que contiene una excepción al principio de libertad de forma consagrado en los artículos 1.258 y 1.278 del Código Civil, por lo que colige que no podrá aplicarse a los contratos civiles, ni a los contratos celebrados por otras vías de comunicación, que también ofrezcan dudas sobre la autenticidad de la declaración transmitida –télex, fax, correo electrónico, etc.-. Asimismo, el citado autor observa que, si bien la contratación electrónica padece las mismas dificultades de garantizar la autoría real de la declaración que la correspondencia telegráfica, la máxima establecida en el artículo 23, n° 1 de la LSSI es exactamente la contraria. De esta forma, dado el objetivo general de la citada ley de promover la sociedad de la información y el comercio electrónico, la norma reseñada parte de la libertad de utilización de los medios electrónicos sin necesidad de un acuerdo previo entre las partes, ni, por supuesto, del empleo de ningún signo identificativo. Además, equipara el uso de los instrumentos electrónicos al soporte escrito.

<sup>1213</sup> La doctrina puso de relieve que las exigencias contenidas en el artículo 51, n° 2 del Código de Comercio dificultaban la contratación, y que, a pesar de tales limitaciones, los peligros persisten –GARRIGUES, *“Curso ...”*, cit., p. 19, y ORUS MORATA, op. cit., octubre-diciembre, pp. 19 y 20-.

<sup>1214</sup> En cuanto a la jurisprudencia, la STS, Sala de lo Civil, 25 febrero 1956, recuerda el carácter imperativo del mandato restrictivo contenido en el artículo 51, n° 2 del Código de Comercio, de forma que la revocación telegráfica de una oferta en contra de lo dispuesto por el citado precepto no era válida, por lo que se considera inefectiva o no realizada. Con posterioridad, la STS, Sala de lo Civil, 4 febrero 1995, admitió la posibilidad de ejercitar el derecho de opción de compra

Además, las exigencias requeridas por el artículo 51, nº 2 del código mercantil tampoco evitaron las incorrecciones que derivaban de la utilización del telégrafo, por lo que perdieron su razón de ser. En consecuencia, se desechó la invocación de dicha norma para los contratos civiles celebrados por esta vía, y, en cambio, se acudió directamente a la máxima tradicional de la autonomía contractual al amparo del criterio exegético presente en el artículo 3 del Código Civil, que contempla la adaptación de las normas a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, en conexión con el espíritu y finalidad de aquéllas<sup>1215</sup>. En cuanto a la determinación del momento y del lugar en que este tipo de contratos nace a la vida jurídica, resulta mayoritaria la postura que considera que, ante el vacío normativo señalado, no identifican ningún impedimento jurídico para acudir a las soluciones previstas en el artículo 1.262, nº 2 del Código Civil para la correspondencia epistolar, lo que suscribimos plenamente<sup>1216</sup>.

### **ii.2.3. TELÉFONO**

Tal y como adelantamos anteriormente, la doctrina acabó por decantarse hacia la configuración de una naturaleza mixta que amparase esta nueva modalidad de contratación, dado que no encajaba en la tradicional clasificación que distinguía los contratos concluidos entre personas presentes y entre ausentes. De esta forma, los autores, sobre todo en los sistemas jurídicos de nuestro entorno, se enfrentaron a la eventualidad de admitir la disociación de la regla para delimitar el momento de perfección y del criterio para concretar el lugar donde se produce dicho fenómeno. Con relación al primer problema señalado, se optó por la aplicación del axioma previsto para el supuesto en el que las partes se hallasen congregadas en el mismo sitio, debido a la inmediación entre la emisión y recepción, o conocimiento, de las declaraciones de voluntad que conformarán el contenido del contrato proyectado.

Por consiguiente, en el ámbito nacional concitó una casi total unanimidad la fijación del instante en el que los contratos celebrados telefónicamente debían entenderse concluidos mediante el artículo 1.262, nº 1 del Código Civil. En cambio, no existió ese grado de avenencia con relación al emplazamiento geográfico en el que debía localizarse dicha culminación. La mayor parte de la doctrina entendía que

---

mediante un telegrama, a pesar de que las partes no habían alcanzado el acuerdo previo que reclama la reiterada norma mercantil, lo que obedece a que nos encontramos ante un contrato de naturaleza civil.

<sup>1215</sup> MANRESA Y NAVARRO (op. cit., p. 518) asevera que la contratación telegráfica podrá emplearse en el ámbito civil, y, lo que resulta más trascendente, sin necesidad de respetar los obstáculos exigidos por el artículo 51, nº 2 del código mercantil. El citado autor fundamenta su opinión en que, por un lado, es imposible negar ni restringir el uso de un medio de comunicación tan usual como indispensable, y, por otra parte, el sistema de contratación civil es espiritualista y los contratos obligan cualquiera que sea la forma que adopten –art. 1.278-. Por último, también señala que los pactos previos con relación a la utilización del telégrafo se acomodan a las relaciones mercantiles, de naturaleza permanente entre las empresas, mientras que las de orden civil son aisladas y, con frecuencia, para un único caso, por lo que dicha exigencia normativa convertiría a este cauce de transmisión en una dilación.

<sup>1216</sup> CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación ...”, cit., p. 283; ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ, op. cit., pp. 213, 217 y 218; y ROGEL VIDE, “Momento y lugar ...”, cit., pp. 589 y 590.

la solución debía acomodarse a la máxima prevista para la contratación *inter absentes* en el segundo párrafo de la citada norma<sup>1217</sup>. No obstante, cierto sector doctrinal discrepaba de esa opinión, por cuanto consideraban que no cabía desvincular las reglas que rigen las cuestiones de espacio y tiempo en torno a la perfección contractual. De este modo, el criterio aplicable a los acuerdos celebrados por teléfono, de acuerdo a su configuración como contratos entre presentes o contratos de formación instantánea, es que se perfeccionan donde y cuando se emite la declaración de conformidad<sup>1218</sup>.

#### ii.2.4. TÉLEX

A mediados del siglo pasado, la ciencia nos ofreció esta nueva oportunidad técnica para alcanzar acuerdos obligatorios entre sujetos que estuvieran radicados en lugares alejados geográficamente. En principio, guarda una aparente semejanza con la contratación telefónica en la medida en que la exteriorización de la voluntad de los intervinientes durante la formación del contrato se puede producir de modo simultáneo. No obstante, difiere abiertamente de dicho cauce en que facilita una constancia documental de las comunicaciones cruzadas entre las partes<sup>1219</sup>. De este modo, el oferente efectuará su proposición mediante una máquina sita en su establecimiento o domicilio, la cual, gracias a las ondas electromagnéticas, la transmitirá hasta el aparato receptor del eventual aceptante, que imprimirá los términos contenidos en dicha propuesta. La verificación escrita de la existencia y del tenor de los mismos despejó todos los posibles recelos que podía haber generado esta nueva vía<sup>1220</sup>.

La comparación con el telégrafo arroja la ventaja de que no se precisa la intervención de un intermediario para la expedición y la llegada de las declaraciones emitidas por esta vía, ya que tales actos los llevan a cabo los propios interesados. Por consiguiente, disminuyen los riesgos apuntados respecto a la correspondencia telegráfica, dado que, por un lado, parece menos factible la

---

<sup>1217</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, op. cit., p. 242; LACRUZ BERDEJO, op. cit., p. 384; y MARTÍNEZ GALLEGU, “La formación ...”, cit., p. 115, 116 y 118.

<sup>1218</sup> Debemos poner en relación este aserto con la posición minoritaria a la que aludimos anteriormente, según la cual la regla general de la perfección se contiene en los artículos 1.254, 1.258 y 1.262,1, de los que deducen que se produce cuando el aceptante emite su aquiescencia, lo que sirve tanto para determinar el momento como para fijar el lugar donde acontece. En esta línea, ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Perfección del contrato”, *NEJ*, T. XIX, Seix, Barcelona, 1989, p. 550; y DURANY PICH, “Perfección ...”, cit., pp. 4843 y 4844.

<sup>1219</sup> Además, las evidencias probatorias no se limitaban a la acreditación impresa de la oferta recibida ni a la justificación escrita de la declaración de conformidad emitida en respuesta a la anterior, que podrían haberse configurado suficientes, sino que también quedaba constancia de los mensajes intercambiados por las partes en el Servicio Público de Télex, así como el registro y consiguiente identificación de los artefactos técnicos utilizados para el envío y recepción de las comunicaciones, incluso en las propias comunicaciones. En esa dirección, ROGEL VIDE, “Momento y lugar ...”, cit., p. 597 y CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación ...”, cit., p. 297.

<sup>1220</sup> Nos referimos a las incertidumbres tanto sobre la viabilidad de este nuevo instrumento para alcanzar el consentimiento contractual como sobre la eventual inseguridad que podría implicar la falta de previsiones normativas, si bien se habían superado en gran medida después del debate acaecido con ocasión de la aparición del telégrafo. En apoyo de este nuevo instrumento de comunicación, vid. SSTs, Sala de lo Civil, 29 abril 1986 y 31 mayo 1993.



comisión de errores en la transmisión, y, por otro lado, la emisión de una comunicación por persona distinta de su verdadero autor o de persona legitimada queda restringida a los sujetos que tengan acceso al dispositivo del declarante. Esta última contingencia debería haber abierto el debate sobre el deber de custodia y vigilancia que se ha de exigir al titular del artilugio mecánico a fin de impedir que individuos no autorizados lo utilicen para formular declaraciones de voluntad que pueden llegar a vincularle, pero hemos encontrado escasas referencias<sup>1221</sup>.

Por lo que se refiere al momento en que se perfeccionan los contratos concluidos a través de este sistema, un gran número de expertos apuntaron que la solución debía ser la señalada para la contratación telefónica, es decir, se debía concretar mediante el criterio señalado para los convenios realizados entre presentes en el artículo 1.262, n° 1 del Código Civil<sup>1222</sup>. Sin embargo, no estamos ante una cuestión pacífica ya que, aunque este mecanismo permite la transmisión de las diversas declaraciones con carácter instantáneo, ese efecto no puede predicarse con relación al conocimiento de las diversas declaraciones de voluntad por su destinatario. No se puede asegurar, ni demostrar, que el receptor, u otra persona en su nombre, se sitúen al lado de la máquina, y, por tanto, tenga noticia del contenido del mensaje en cuanto se reciba. Por consiguiente, se distancia de la contratación presencial -y por medio del teléfono y de la videoconferencia-, en las que la intermediación entre la emisión, expedición, recepción y conocimiento de las manifestaciones de voluntad es absoluta.

Consecuentemente, la solución que se propuso fue catalogar los convenios concluidos mediante el télex como celebrados entre ausentes, de modo que el momento en que se perfeccionan se pospone hasta que el ofertante conozca efectivamente la aquiescencia. En nuestra opinión, la polémica expuesta pone de relieve que los medios de comunicación subsiguientes a la irrupción del teléfono, como éste y los que examinaremos a continuación, permiten que se eliminen intervalos temporales significativos entre las cuatro fases del proceso de transmisión de las declaraciones de voluntad. Sin embargo, ese efecto no se produce automáticamente en todas las ocasiones, sino que requerirá que el destinatario del

---

<sup>1221</sup> En esa línea, queremos insistir en la importancia de la controversia apuntada, que, si bien no se manifestó con intensidad a raíz del advenimiento de este instrumento, retornó con mucha virulencia a causa de la imparable penetración de los medios electrónicos de comunicación, y, en especial, con el desarrollo de la firma electrónica, como método para ratificar la autoría y la integridad de los mensajes transmitidos por los sistemas aparecidos al albur de las nuevas tecnologías de la información.

<sup>1222</sup> Entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Curso ...”, cit., p. 133 y GETE-ALONSO, M<sup>a</sup>. C. (*et alia*), *Manual de Derecho Civil*, T. II, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 560. Por otra parte, hemos de aludir a la postura mantenida por DURANY PICH (“Perfección ...”, cit., pp. 4843 y 4844), dado que sostiene que son equiparables a la contratación telefónica en cuanto al momento de su perfección, pero no con relación al lugar, dado que, conforme al artículo 1.262, n° 2 del Código Civil, se deben presumir celebrados en donde se hizo la oferta. Sin embargo, como hemos expuesto en páginas anteriores, este autor rechaza la aplicación analógica del citado precepto a los acuerdos logrados mediante el teléfono, por cuanto entiende que era una norma especial que no admite su extensión a otros supuestos, mientras que sí contempla la aplicación de la misma al télex y al telefax.

mensaje esté pendiente de su llegada. Por consiguiente, deviene imposible su equiparación con la contratación entre sujetos presentes, o conectados a través del teléfono y la videoconferencia, si se pretende preservar el conocimiento real de las manifestaciones de voluntad por sus receptores, y, en especial, por el ofertante.

En nuestra opinión, esta modalidad de contratación presenta una asimilación más cercana a la realizada entre personas ubicadas en emplazamientos diferentes o, según otra clasificación doctrinal, a un proceso sucesivo entre ausentes, sin perjuicio de que, en ocasiones, la transmisión de las manifestaciones de voluntad se produzca de forma ininterrumpida<sup>1223</sup>. Sin embargo, rechazamos que la razón de dicha equiparación descansa en la observancia de la teoría de la cognición que nuestro Código Civil atribuye a la contratación *inter absentes* para determinar el momento de la conclusión de tales acuerdos<sup>1224</sup>. Nuestra sugerencia en torno a la problemática del momento en que deben entenderse celebrados los contratos se dirige, inicialmente, hacia la elección de la teoría de la recepción en todos aquellos supuestos en los que las partes se sitúen en lugares diferentes, con independencia de que empleen sistemas de comunicación que eliminen o mantengan el transcurso de un intervalo temporal entre la emisión y la recepción, o el conocimiento, de las declaraciones de voluntad<sup>1225</sup>.

#### ii.2.5. FAX

---

<sup>1223</sup> ROGEL VIDE (“*Momento y lugar ...*”, cit., pp. 597 y 598) expone que, si bien la comunicación establecida por medio de télex se equipara a la telefónica por lo que concierne al momento de perfección, no ocurre lo mismo en cuanto al lugar en el que se concluyen tales acuerdos. De este modo, aunque considera que los contratos celebrados mediante el télex son de formación instantánea -como los telefónicos-, y, por tanto, el sitio dónde deben entenderse perfeccionados debería corresponderse con aquél en el que se emite la aceptación, las especiales características de este cauce -descritas en el texto de la investigación- conducen a que la conformidad se manifieste en el domicilio o establecimiento del proponente inicial. En consecuencia, debe considerarse que esta tipología contractual culmina su formación en el emplazamiento en que se exteriorice la aquiescencia, que coincide con la localización dónde también se formuló la oferta, que es el criterio contenido en el artículo 1.262, nº 2, pero, aun cuando la solución final resulte idéntica, debe rechazarse la aplicación analógica de la norma reseñada.

<sup>1224</sup> GONZÁLEZ GOZALO (“*La formación ...*”, cit., p. 703) introduce una diferenciación que hemos de tener presente para poder enfocar correctamente la problemática derivada de la utilización de las diversas vías de comunicación. En este sentido, caracteriza a los medios de comunicación inmediata como aquellos que permiten que la declaración sea conocida por su destinatario tan pronto como sea emitida por su autor. Sin embargo, no todos los cauces encuadrados en esta clasificación participan de las mismas características, de forma que hay que distinguir dos tipos. Todos los instrumentos suprimen cualquier lapso temporal entre la emisión y la recepción de la manifestación de voluntad que se intercambien las partes, pero algunos no garantizan que sea conocida simultáneamente. En estos casos, el citado autor recurre a la calificación de comunicación unidireccional, e incluye en este subtipo al télex, al fax y a la tecnología web. Asimismo, señala que la doctrina, inicialmente, calificó “de formación instantánea” a los contratos celebrados por medio del télex y el fax. Sin embargo, en la actualidad, si bien no mayoritariamente, se tiende a catalogarlos “de formación sucesiva”, y a considerar que la comunicación entablada reviste carácter interrumpido. Por el contrario, otros instrumentos que proporcionan la intermediación propia de esta categoría, también facilitan una comunicación personal bidireccional entre las partes, por lo que las declaraciones son conocidas instantáneamente por sus respectivos destinatarios, y pueden contestarse sin solución de continuidad. En consecuencia, se establece un diálogo fluido, bien de carácter verbal -teléfono y videoconferencia-, bien de naturaleza escrita -sistemas de mensajería en tiempo real entre personas simultáneamente conectadas a una red digital, v. gr. *talks* o *chats*-.

<sup>1225</sup> Por tanto, incluimos la correspondencia postal y telegráfica, télex, fax y medios que, existentes o futuros, usen las transmisiones electrónicas y excluimos la contratación presencial, telefónica y por videoconferencia.

La implantación de esta herramienta de comunicación fue un éxito rotundo hasta que se vio desbordado por las ventajas que, frente a cualquiera de los anteriores, representan los medios que se apoyan en transmisiones electrónicas. No obstante, ha logrado reservarse cierta parcela de actuación y mantener una pacífica convivencia con esos modernos cauces, pero paulatinamente seremos testigos de su completa desaparición. Inicialmente, comparte junto al teléfono y al télex la característica de configurarse como un cauce para efectuar transmisiones instantáneas, y, además, utiliza la conexión telefónica, pero mejora las prestaciones que ofrecen ambos precursores<sup>1226</sup>. Pese a la seguridad que ofrecían sus ventajas, su idoneidad para la emisión del consentimiento contractual fue objeto de acaloradas discusiones, hasta que nuestro Alto Tribunal se pronunció sobre dicha aptitud en sentido favorable mediante la paradigmática sentencia de 30 de julio de 1996.

Gracias al citado pronunciamiento jurisprudencial, el valor contractual de las manifestaciones de voluntad emitidas a través de esta vía dejó de cuestionarse. Sin embargo, el Tribunal Supremo también formuló una serie de afirmaciones sobre el tema que nos ocupa que entendemos oportuno exponer. En esta línea, defiende la capacidad de previsión de los redactores del Código Civil al contemplar la correspondencia postal en el artículo 1.262, nº 2, según el cual el oferente queda obligado desde que la aceptación llega a su conocimiento, y extiende ese criterio a otros medios de comunicación surgidos al albur del progreso técnico, como el telégrafo, el télex, el telefax y el correo electrónico en todas su variedades. En consonancia con lo expuesto, nuestro Alto Tribunal añade que los instrumentos enunciados sirven para exteriorizar declaraciones de voluntad que, si bien son comunicativas, no son instantáneas y coincidentes en las conjunciones de voluntad de los contratantes interesados.

Por consiguiente, la jurisprudencia se decanta por la asimilación de todos los medios de comunicación diferentes a la reunión presencial como instrumentos para la tradicional contratación entre ausentes. Sin embargo, los autores se mostraron divididos en torno a la equivalencia de esta vía con la dicotomía de la contratación *inter praesentes* e *inter absentes*, por lo que se defendieron ambas opciones. Una parte de la doctrina valoraba que la aceptación remitida se recibía inmediatamente, y, por

---

<sup>1226</sup> PERALES VISCASILLAS (“La formación del ...”, cit., pp. 165 y 166) señala que el uso del fax supone un ahorro económico frente al primero de los antecesores señalados, por cuanto el envío de las declaraciones escritas conlleva mucho menor tiempo que una conversación en la que se expusiesen los mismos términos. Además, destaca la citada autora que, al igual que el télex, aminora el riesgo de la comisión de equivocaciones en la transmisión porque los envíos los realizan los propios intervinientes, pero entendemos que lo consigue en un mayor grado, ya que no es necesario teclear el mensaje en un artefacto especializado, sino que se envía una declaración en soporte papel previamente elaborada por el remitente, ya sea mediante un tratamiento de texto informático, ya sea de forma manuscrita. Asimismo, reduce los problemas relacionados con la identidad de los remitentes y receptores, dado que, normalmente, las declaraciones enviadas suelen ir firmadas por sus respectivos autores; y se zanján fácilmente los aspectos probatorios al quedar constancia documental, e incluso firmada, de los intercambios realizados.

tanto, debía entenderse perfeccionado el contrato entre presentes o con carácter instantáneo<sup>1227</sup>. Otros especialistas consideraban que la velocidad de transmisión de la declaración remitida por fax no aseguraba la simultaneidad de su conocimiento por el receptor, por lo que asimilaban su perfección a los contratos *inter absentes*<sup>1228</sup>. Por tanto, volvemos a situarnos ante el mismo conflicto que examinamos con ocasión del análisis del télex. En ocasiones, esta herramienta propicia una relación contractual equiparable a la realizada entre sujetos reunidos presencialmente o conectados por teléfono o por videoconferencia, dado que no se produce ningún intervalo jurídicamente relevante entre la emisión y la recepción o el conocimiento de las declaraciones.

Sin embargo, ese resultado sólo se obtiene si los intervinientes, o sus dependientes, vuelcan su atención a la recepción del fax. En caso contrario, no se puede asegurar el conocimiento efectivo del receptor, de modo que el *iter* formativo se asemeja en mayor medida al llevado a cabo entre ausentes o al sucesivo<sup>1229</sup>. La coincidencia de las cuatro fases en que se descompone la transmisión de las declaraciones de voluntad –emisión, expedición, recepción y conocimiento– sólo puede predicarse de los acuerdos celebrados entre presentes o cuando, pese a estar alejados geográficamente, se comunican mediante cauces que reproducen dicha simultaneidad, lo que, a nuestro juicio, sólo puede reconocerse al teléfono y a la videoconferencia<sup>1230</sup>. Dado que la solución no puede depender de que la contratación por fax se equipare o no a un proceso simultáneo o sucesivo, abogamos de nuevo por la aplicación de la teoría de la recepción a fin de precisar el momento de la perfección contractual.

## **ii.2.6. MEDIOS ELECTRÓNICOS**

La propia rúbrica que hemos utilizado para el presente subapartado denota la amplitud del concepto, sin embargo entendemos que es la que mejor se ajusta al mismo. En el último tercio del siglo pasado, así como durante el transcurso del presente, el progreso técnico ha vivido una auténtica eclosión, que, además, se ha caracterizado por una celeridad inusitada. Los avances tecnológicos han sido incesantes y continuados, y han afectado a un elevado número de sectores de la

---

<sup>1227</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Curso ...”, cit., p. 133 y GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., p. 134.

<sup>1228</sup> COCA PAYERAS (op. cit., p. 453) entiende que las características y efectos derivados de la contratación *epistolar* es predicable con relación a cualquier contrato de formación sucesiva por imperativo precontractual, es decir, cuando las partes se hallen en lugares diferentes y no los una un medio de comunicación instantáneo. En concreto, el citado autor menciona el telégrafo, el télex, el telefax y el correo electrónico, si bien matiza que este último instrumento técnico puede conseguir la instantaneidad en los mismo términos que la coetánea ubicación común de los futuros contratantes.

<sup>1229</sup> GARCÍA-GRANERO COLOMER (op. cit., p. 460) equipara la aceptación por fax a la realizada por correspondencia y no por teléfono, ya que aunque la recepción por fax y por vía telefónica reviste la misma celeridad, en el supuesto del telefax no se puede asegurar que, además, sea inmediata, en el sentido del conocimiento que alcance el oferente.

<sup>1230</sup> También cabría considerar incluidos los convenios alcanzados por radio, si bien su utilización circunscrita a ámbitos muy específicos, como la protección civil o coordinación de labores de salvamento, ha provocado que no incluyamos este medio de comunicación en dicha categoría, pero han de entenderse implícitamente englobados.

sociedad, de la economía y de la industria, y una indiscutible evidencia del fenómeno al que aludimos se puede constatar en la implantación y consolidación de la denominada *sociedad de la información* en un corto espacio de tiempo<sup>1231</sup>. Hemos aludido a la anterior locución porque, además de su fuerza descriptiva, la han asumido con total naturalidad el legislador europeo y el nacional<sup>1232</sup>. Otro de los rasgos distintivos de esta época es la interconexión mundial, gracias a la expansión de las redes de telecomunicaciones, y, en especial, de Internet, lo que ha también propiciado la utilización de la expresión de la *aldea global*<sup>1233</sup>.

Una de las repercusiones de tales acontecimientos ha sido el aumento de la contratación, lo que se plasma no sólo en un incremento cuantitativo, sino en la expansión de las transacciones transfronterizas. Por otro lado, es indiscutible que la tecnología nos ha proporcionado un sinfín de dispositivos que nos permiten conocer los detalles que componen esa información cuya penetrabilidad caracteriza la realidad en la que vivimos, así como establecer relaciones de todo tipo con independencia de la localización de los intervinientes. En esta dirección, debemos resaltar que la multiplicidad de vías que promueven la conexión generalizada descansa en la electrónica aplicada a tales efectos. Pese a que pueden resultar más llamativas las menciones a la informática o a las telecomunicaciones, sectores cuyo crecimiento ha sido, simplemente, exponencial, el fundamento último de todos los adelantos tecnológicos de los que disfrutamos actualmente descansa, sencillamente, en la ciencia electrónica.

En este sentido, hemos de distinguir los diferentes mecanismos electrónicos que facilitan la interconexión global descrita de las diversas modalidades de

---

<sup>1231</sup> GUILLÉN CATALÁN (op. cit., pp. 49 y 50) explica que los avances tecnológicos y, en particular, de Internet como canal de difusión es uno de los rasgos que caracterizan nuestra época. Además, destaca que ambos factores han propiciado que los intercambios de información se realicen de modo masivo e inmediato, lo que ha repercutido positivamente en la expansión de diversos sectores, como la economía, la política o la cultura, así como en la creación de un nuevo marco económico en que desarrollar las técnicas de publicidad y marketing. Igualmente, la citada autora recurre a la expresión de la “sociedad de la información” asignada a esta etapa histórica como evidencia de la relevancia del progreso acaecido, si bien apunta que, en la actualidad, se habla de la “sociedad del conocimiento”. Otra muestra evidente es el empleo de dicha locución en las rúbricas de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior –en adelante, Directiva sobre el comercio electrónico-, y de la LSSI.

<sup>1232</sup> En la Exposición de Motivos de la LSSI se explica que “*Lo que la Directiva 2000/31/CE denomina “sociedad de la información” viene determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. Su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo. Pero la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio*”.

<sup>1233</sup> Hay un consenso generalizado en la atribución de la autoría de dicha expresión al sociólogo canadiense MARSHALL MCLUHAN, que la utilizó en su libro “*Guerra y paz en la Aldea Global*”, publicado en 1968. La Gran Enciclopedia Universal califica al citado autor como especialista en medios de comunicación, quien aseveró que, gracias a la velocidad de los medios de comunicación, todos los habitantes del planeta empezarían a comunicarse de manera instantánea y directa, transformando su estilo de vida hasta asimilarlo al de una aldea -Biblioteca El Mundo, Espasa Calpe, Madrid, 2004, p. 7638-.

conexión que se alcanzan gracias a tales ingenios. Tal y como refleja nuestro escenario cotidiano, los aparatos que han obtenido un triunfo innegable, por orden cronológico de aparición, son el ordenador -de mesa, portátil y de viaje-; los móviles, y su evolución hacia los *Smartphone*; y, por último, si bien de momento, las tabletas. A nuestro modo de ver, estos artilugios deberían recibir la denominación de medios de comunicación, al igual que también se han calificado con dicha denominación la correspondencia postal y telegráfica, el télex y el fax. En cambio, las diversas modalidades de conexión se han de asemejar a las fórmulas que los instrumentos anteriores admiten para entablar relaciones de todo tipo, y, por lo que nos concierne, de naturaleza contractual. En ese sentido, creemos que sólo tienen cabida el correo electrónico, las páginas web y las videoconferencias.

Desde una perspectiva exclusivamente técnica, el telégrafo, el télex y el fax igualmente deberían calificarse como instrumentos de comunicación electrónicos, pero les hemos analizado como categorías independientes porque es la postura que se ha mantenido tradicionalmente, y, además, muestra la transformación acontecida a nivel histórico, y, por ende, a nivel legislativo<sup>1234</sup>. Por otro lado, esas vías permitieron la conclusión de innumerables contratos, pero no originaron un fenómeno semejante al que esbozamos. A nuestro juicio, la coyuntura resultante es fruto de la interrelación mundial facilitada por los dispositivos electrónicos indicados, que descansa sobre redes de gran capacidad, en conjunción con la velocidad de conexión que suministran, por lo que pueden facilitar transmisiones instantáneas<sup>1235</sup>. En este sentido, la informática, ciencia que se basa irremisiblemente

---

<sup>1234</sup> En primer lugar, hemos de poner de manifiesto que los instrumentos de comunicación mencionados incorporan en su denominación el prefijo griego *tele* que significa a distancia. En el caso del fax, el apelativo completo del aparato es telefax, aunque la designación usual es la primera que hemos señalado. En segundo término, la LSSI excluye de su ámbito de aplicación, entre otros, a los prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex, que quedan sujetos a la legislación sectorial de las telecomunicaciones. Prácticamente, la característica fundamental de la “sociedad de la información” es el manejo y remisión telemática de datos mediante aparatos preparados para procesar, tratar y almacenar cantidades ingentes de información. De esta forma, en principio, los servicios de telefonía no responden a dicha configuración, salvo que se presten mediante el protocolo IP, sobre el que descansa Internet. Por tanto, resulta de aplicación la LSSI a las operaciones realizadas a través de un terminal móvil conectado a Internet, pero, como ha puesto de relieve la doctrina, no encuentran su debido acomodo en la LSSI. Por lo que se refiere a las transacciones efectuadas a través del télex y del fax, pese a suponen la transmisión de datos, y no de voz, también quedan fuera de la cobertura de la LSSI, en la medida en que no permiten su tratamiento mediante aparatos electrónicos de procesamiento. Por último, también debemos aludir a los servicios audiovisuales, que engloban tanto los de radiodifusión como los televisivos, los cuales tampoco se rigen por la LSSI, aunque existen zonas francas, cuya calificación reviste serias dificultades. Cfr. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, M., “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (ley 34/2002, de 11 de julio)”, VVAA *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 35 a 39.

<sup>1235</sup> CREMADES, J., FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, M. A., e ILLESCAS, R. (*Régimen Jurídico de Internet*, La Ley, Madrid, 2002, p. 98) explican que la primera definición que ofreció el Consejo Federal de Redes de los Estados Unidos en 1995 conceptuaba a Internet como el sistema de información global que está enlazado lógicamente por medio de un espacio único global de direcciones basadas en el protocolo de Internet (*Internet protocol* o IP) o sus extensiones/continuaciones subsiguientes.

en la electrónica, ha propiciado la posibilidad de enviar un ingente número de datos y con una rapidez que supera ampliamente a la de las vías precedentes<sup>1236</sup>.

Por lo que concierne al ámbito legal, han surgido nuevos conceptos, cuyo significado debemos precisar convenientemente. De esta forma, hemos acudido a la anteriormente citada Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en cuyo Anexo se contienen las definiciones que el legislador estimó necesarias para la comprensión de dicho texto. De acuerdo con la letra h) del Anexo de la precitada norma, los contratos celebrados por vía electrónica o, resumidamente, los contratos electrónicos se definen, literalmente, como *“Todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”*. Asimismo, se dedica el Título IV de la norma reseñada a la regulación de este nuevo tipo de acuerdos con valor contractual, comprensivo de siete artículos -23 a 29, ambos incluidos-.

En resumen, el panorama contemporáneo se integra por el surgimiento de nuevos medios de comunicación que permiten el establecimiento de relaciones contractuales a nivel mundial, y, además, agilizan la conclusión de esa clase de acuerdos, con independencia de la ubicación geográfica de las partes. En ese novedoso escenario nos encontramos con nuevas modalidades de contratación -el correo electrónico, las páginas web y las videoconferencias-, que han impulsado una específica tipología de contratos -los celebrados por vía electrónica-. Con relación al proceso de formación y culminación de vínculos obligacionales, los instrumentos electrónicos se utilizan para celebrar contratos *inter absentes*, de acuerdo con la distancia física existente entre los intervinientes. Sin embargo, algunos se deben asimilar claramente a la categoría de los acuerdos entre presentes, por cuanto no generan un intervalo jurídicamente reseñable entre la emisión y la recepción, o conocimiento, de las diversas declaraciones de voluntad intercambiadas, *v.gr.* videoconferencias.

Al mismo tiempo, se detecta la posibilidad de que se concierten otros convenios cuya conclusión podría encuadrarse dentro de un proceso de formación instantánea o, por el contrario, sucesiva, en función de que los futuros contratantes estén o no atentos a la llegada del soporte que contiene la manifestación de la contraparte, y, por tanto, de que adquieran inmediato conocimiento de sus términos. En otras palabras, se vuelve a plantear el mismo conflicto que observamos

---

<sup>1236</sup> Según la única acepción de la RAE, informática es el conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores. Este tipo de aparato se define en la RAE, en orden a la materia que nos ocupa, como una máquina electrónica dotada de una memoria de gran capacidad y de métodos de tratamiento de la información, capaz de resolver problemas aritméticos y lógicos gracias a la utilización automática de programas registrados en ella. Ambas nociones confirman la relación existente entre la informática y la electrónica.

al hilo del examen del télex y del fax, y que también afecta al correo electrónico. Entendemos que se puede trasponer el análisis realizado y la solución propuesta, por lo que nos remitimos a las consideraciones expuestas y a la búsqueda de la respuesta mediante la teoría de la recepción<sup>1237</sup>. Asimismo, otra de las modalidades de contratación señaladas –páginas o sitios web– presenta dificultades para su inclusión en las tipologías señaladas por las clasificaciones doctrinales existentes, lo que ha generado un intenso debate.

Debido a la complejidad intrínseca para la catalogación de los nuevos instrumentos de comunicación y de las modalidades de contratación de acuerdo a los criterios tradicionalmente utilizados, hemos entendido aconsejable acometer su examen a medida que, en las páginas posteriores, afrontemos el análisis de los materiales normativos concretos que se ocupan de los mismos<sup>1238</sup>. Por otro lado, a nuestro modo de ver, y pese al silencio del legislador, una de las finalidades de la reforma legal de los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio articulada mediante la LSSI fue adecuar tales preceptos a las novedades surgidas al amparo del progreso tecnológico descrito. En consecuencia, creemos que resulta más oportuno profundizar sobre la problemática de la perfección contractual y las respuestas facilitadas, así como las que, en su caso, puedan resultar más convenientes, con relación a los adelantos tecnológicos apuntados durante el examen que desarrollaremos en los apartados posteriores<sup>1239</sup>.

#### **4. DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DE LA LSSI**

##### **a. ANTECEDENTES**

---

<sup>1237</sup> ALONSO UREBA, A. y VIERA GONZÁLEZ, A. (“Formación y perfección e los contratos a distancia celebrados por Internet”, *VVAA Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*”, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 345) plantean una cuestión muy interesante, y que se relaciona con la solución que propugnamos en torno a la fijación del momento de perfección contractual. Los citados autores entienden que la clasificación que diferencia entre presentes y ausentes no pierde virtualidad por la aparición progresiva de nuevos medios de comunicación que logren transmitir las declaraciones de voluntad a una velocidad cada vez más rápida. De este modo, siempre que el lapso de tiempo existente entre la recepción del mensaje y su conocimiento, o posibilidad de conocerlo, dependa de un acto de su destinatario, la sistematización no se afectada, y lo que se deberá ser objeto de determinación es el momento en que deberán entenderse celebrados los contratos mediante esas nuevas vías.

<sup>1238</sup> Las sistematizaciones elaboradas doctrinalmente para catalogar a los contratos electrónicos oscilan entre la sencillez de diferenciar entre los llevados a cabo por correo electrónico y los realizados mediante sitios web, y aquellas otras distinciones que abarcan multitud de subtipos. En esta última dirección, vid. MATEU DE ROS CEREZO, R. (“¿Hay consentimiento en los contratos en masa?”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 42, Consejo General del Notariado, diciembre 2004), quien contempla cuatro categorías, que agrupan modalidades diferentes, algunas de las cuales no han sido previstas por la LSSI. Estas tipologías se dividen en función de la modalidad electrónica de perfección del contrato y del grado de simultaneidad entre oferta y aceptación electrónica.

<sup>1239</sup> ALONSO UREBA y VIERA GONZÁLEZ (op. cit., pp. 342 a 344) exponen que las diversas formas de celebrar un contrato electrónico no pueden clasificarse en una misma categoría, como la relativa a la contratación entre ausentes o distantes. Los citados autores estiman que hay que distinguir entre los que se concluyen mediante el correo electrónico y los que se perfeccionan a través de una página web (*click-wrap*), que son los dos servicios de Internet más utilizados. Los primeros equivalen a los culminados inter *absentes*, pero los segundos se aproximan claramente a los logrados entre presentes.



Tal y como hemos apuntado con anterioridad, el 12 de octubre de 2002 entró en vigor la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, cuya finalidad inmediata se identifica con la transposición al nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2000/31/CE, comúnmente conocida como la Directiva del Comercio Electrónico. En la Disposición Adicional Cuarta se contenía la modificación de los artículos 1.262, nº 2 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, cuya redacción es la que se mantiene vigente en la actualidad. Según las explicaciones recogidas en los preámbulos de ambas normas, responden a la conveniencia de la regulación de ciertos aspectos consustanciales a la *sociedad de la información* en la que estamos inmersos a causa del progreso tecnológico experimentado<sup>1240</sup>. De este modo, el propósito era evitar que los obstáculos jurídicos pudieran frenar el potencial de crecimiento económico inherente a dicha situación, y, en especial, promover la expansión del comercio electrónico<sup>1241</sup>.

En cuanto al examen de los antecedentes de la LSSI, podremos acudir a escasos referentes que nos auxilien en la tarea de comprender debidamente la norma en cuestión. Por consiguiente, nuestra atención ha de dirigirse, en primer lugar, a la norma comunitaria objeto de incorporación. El análisis de la disposición europea mencionada nos aboca a concluir que la modificación llevada a cabo por la Disposición Adicional Cuarta en torno al régimen de la perfección de los contratos en nuestro sistema jurídico no venía demandada por el mandato legislativo que inspiraba esa ley, ni siquiera sugerida o delegada expresamente a favor del legislador nacional. De hecho, si se observa el *iter* formativo de la Directiva sobre el Comercio Electrónico, se detecta cómodamente que el legislador comunitario incluyó en los proyectos iniciales diversas propuestas de reglas sobre la conclusión de los contratos electrónicos, pero, finalmente, desistió de tal propósito<sup>1242</sup>.

---

<sup>1240</sup> El ámbito objetivo de la LSSI se asienta en dos puntos, la Sociedad de la Información y la contratación electrónica, pero sólo regula ciertos aspectos debido a su novedad o a las peculiaridades derivadas de su utilización por vía electrónica. La premisa general es la aplicación a las actividades efectuadas por medios electrónicos de las normas generales y especiales que las regulan, por lo que podemos entender que dicha disposición legislativa se configura como una ley de «mínimos». Vid. Exposición de Motivos de la LSSI y MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, *VVAA Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 66 y 67.

<sup>1241</sup> En este sentido, nada más ilustrativo que los Considerandos 5, 6 y 7 de la Directiva de Comercio Electrónico: “(5) *El desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en la Comunidad se ve entorpecido por cierto número de obstáculos jurídicos que se oponen al buen funcionamiento del mercado interior y que hacen menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de servicios. Dichos obstáculos tienen su origen en la disparidad de legislaciones, así como en la inseguridad jurídica de los regímenes nacionales aplicables a estos servicios; [...].* (6) *[...] conviene suprimir dichos obstáculos coordinando determinadas legislaciones nacionales y aclarando conceptos jurídicos a nivel comunitario, [...]. La presente Directiva, al no tratar sino algunos puntos específicos que plantean problemas para el mercado interior, es plenamente coherente con la necesidad de respetar el principio de subsidiariedad [...].* (7) *Es fundamental para garantizar la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores que la presente Directiva establezca un marco claro y de carácter general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior*”.

<sup>1242</sup> PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009) concluye que la modificación

De esta forma, el cambio legislativo operado por la Disposición Adicional Cuarta de la LSSI obedeció exclusivamente a una decisión unilateral del legislador español. Esta deducción nos conduce a formular una primera observación crítica que se dirige a destacar una perniciosa costumbre que se ha asentado en la técnica legislativa, y que ha sido reiteradamente criticada por la doctrina. Se trata de la introducción de previsiones legales en las disposiciones que suceden al texto principal de la norma, las cuales afectan a aspectos que no son afines ni conexos con el ámbito material de aquélla o que, en todo caso, están remotamente relacionados. A efectos de identificar las razones sobre las que pudiera descansar la modificación indicada, la lectura de la Exposición de Motivos de la norma que nos ocupa, al ofrecer una suerte de interpretación auténtica de los objetivos legislativos, evidencia escasas y confusas alusiones al tema de la perfección contractual<sup>1243</sup>.

Por consiguiente, tampoco podemos inferir del prólogo legal la causa de la reforma de los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, pero, además, contribuye a oscurecer aún más esta materia. Igualmente, no podemos recurrir al habitual debate con ocasión de su tramitación parlamentaria, por cuanto, de forma sorprendente e inexplicable, no hubo la más mínima discusión sobre este asunto. De hecho, el único vestigio de la inclusión de los cambios operados por la Disposición Adicional Cuarta en el procedimiento parlamentario de aprobación de la LSSI fue la presentación de dos enmiendas, pero que no afectaban al momento de la perfección<sup>1244</sup>. Finalmente, el único antecedente al que podemos acudir para comprender las razones de la alteración del régimen general de la perfección contractual en la esfera civil y mercantil es el Dictamen preceptivo del Consejo de Estado. El citado informe aborda la problemática existente con anterioridad y refleja los conflictos y las soluciones propuestas en diversos ámbitos.

---

del régimen de la perfección de los contratos no venía impuesta por la directiva comunitaria que esencialmente se transponía con la citada Ley. Asimismo, inicialmente la citada disposición comunitaria incluyó en el proyectado artículo 11 la regulación de la culminación del contrato, mediante un sistema muy complejo, pero, a lo largo de la tramitación renunció a dicha pretensión.

<sup>1243</sup> Ese prefacio señala, por un lado, que en la LSSI se fija el momento y el lugar de celebración de los contratos exclusivamente electrónicos, y, por otro lado, que se adopta un criterio único válido para otros contratos a distancia, que finaliza la disparidad normativa existente entre los dos códigos de Derecho privado más relevantes de nuestro ordenamiento. La anterior previsión no fue modificada tras la eliminación del precepto que establecía un criterio para la determinación del instante en el que se finaliza el *iter* formativo del contrato, porque, tal y como analizaremos en páginas posteriores, la LSSI únicamente contempla el criterio para concretar el lugar en que deben entenderse celebrados los contratos electrónicos –vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados –VII Legislatura-, Serie A, ref. 121/000068, Proyecto de Ley núm. 68-1, 22 febrero 2002-.

<sup>1244</sup> La enmienda núm. 325, presentada por el Grupo Socialista, pretendía la supresión de la disposición adicional cuarta y trasladar su contenido al articulado de la LSSI –núm. 6 del artículo 26-, dado que el citado partido político consideraba que la importancia de los cambios propuestos revestían suficiente entidad como para incorporarlas al texto de la ley (cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados –VII Legislatura-, Serie A, ref. 121/000068, Enmiendas, Proyecto de Ley núm. 68-6, 22 abril 2002-).

Por lo que concierne a las discusiones doctrinales, los autores polemizaban en torno a la supuesta singularidad de los contratos celebrados por vía electrónica, y esa coyuntura podría apoyar la elaboración de una regulación específica que acabara con tales disquisiciones. Sin embargo, ese debate no podría justificar en modo alguno una revisión de tanto calado como la acometida por la LSSI con ocasión de la reglamentación de una tipología contractual. Además, tal y como hemos explicado, un importante sector doctrinal criticaba los criterios adoptados por los artículos 1.262 del Código Civil, y, en menor medida, 54 del Código de Comercio, pero ciertos autores reprobaron que el legislador reprodujera dicha postura y, además, mediante una redacción confusa y compleja. En términos generales, la doctrina y la jurisprudencia habían logrado promover una interpretación correctora de la excesiva rigidez propia de la teoría de la cognición, acogida por el artículo 1.262, nº 2 del Código Civil para la contratación entre ausentes, mediante la máxima de la recepción.

La censura que un importante grupo de expertos dirigió contra la modificación articulada por la LSSI abogaba, entre otros extremos, por la sencilla elección del criterio de la recepción<sup>1245</sup>. Por el contrario, el resultado de la innovación efectuada arroja, en una primera lectura, una incomprensible oscuridad sobre la máxima elegida, dado que se contemplan varias reglas en una compleja relación jerárquica. Además, su planteamiento se asemeja a la reiteración del axioma de la cognición mitigado por el de la recepción, en lugar de haber optado claramente por un único criterio. También parece lógico inferir que los promotores de la citada modificación no estimaron oportuno continuar el camino seguido por ciertos países pertenecientes al *Civil Law*<sup>1246</sup>, ni aprovechar la experiencia acumulada por la doctrina comparada, ni acoger la tendencia unánime que se refleja en los textos de Derecho Uniforme, vinculantes y prelegislativos. En todos los casos señalados se optó por un único criterio y la decisión recayó en la teoría de la recepción<sup>1247</sup>.

---

<sup>1245</sup> Un número representativo de autores españoles propugnaba la elección de la teoría de la recepción, como ALBALADEJO GARCÍA (“*El negocio ...*”, cit., p. 96), quien califica como injusta la solución arbitrada por la redacción originaria del artículo 1.262, nº 2 del Código Civil y considera que, en nuestro sistema, debe resultar suficiente la demostración de que la conformidad llegó a poder de su destinatario, de forma que se puede presumir que si no la conoció obedeció a una actuación culposa, aunque se le permite prueba en contrario. En la misma línea, PUIG BRUTAU, “*Fundamentos ...*”, cit., p. 226.

<sup>1246</sup> El ejemplo prototípico son los § 130 y 147 del B.G.B. En apoyo de la decisión del ordenamiento alemán, frente a los principios adoptados tanto por el Código Civil como por el Código de Comercio español, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, op. cit., pp. 240 y 241.

<sup>1247</sup> Se puede descubrir una clara influencia procedente de otros ordenamientos que se incardinan igualmente en nuestro entorno jurídico, como el Código Civil italiano. Este magnífico cuerpo legislativo proclama la teoría de la cognición – artículo 1.326, nº 1-, y, además, la concilia con el principio de la recepción – artículo 1.335-, pero, a nuestro modo de ver, el desenlace conseguido por el legislador italiano es superior al fruto de la reforma operada por la LSSI. Además, acertadamente, el axioma de la recepción se aplica a todas las declaraciones que se producen en el seno de la formación del contrato, y no sólo a la aceptación. Asimismo, también hemos de traer a colación al Código Civil portugués, que, alternativamente, propone el axioma de la recepción – art. 224, nº 1 y 2- y la máxima de la cognición – art. 224, nº 3-.

**b. NUEVO CRITERIO DE LOS ARTÍCULOS 1.262, N° 2 DEL CÓDIGO CIVIL Y 54, N° 1 DEL CÓDIGO DE COMERCIO**

**i. CUESTIONES COMUNES**

Por lo que concierne al contenido concreto del cambio legislativo operado por la LSSI, hemos de precisar que afectó, por una parte, al segundo párrafo del artículo 1.262 del Código Civil y al párrafo primero del 54 del Código de Comercio, y, por otro lado, que introdujo un nuevo y último párrafo en sendos preceptos -tercero y segundo, respectivamente-. En consecuencia, no se alteró la regla contenida en el primer inciso del artículo 1.262 -que no tenía reflejo en el artículo 54 del Código de Comercio-, y, pese a ello se reprodujo innecesariamente en la Disposición Adicional Cuarta de la LSSI. Por tanto, se inducía a la creencia errónea de que había experimentado una variación, aunque fuera mínima, cuando no fue así. Otra reprobación apuntó que la renovación efectuada en ambos preceptos es exactamente idéntica, por lo que, acertadamente, se puso en tela de juicio la utilidad y la corrección jurídica de reiterar el texto en que se plasmó la reforma en ambas normas<sup>1248</sup>.

En esta línea, los autores sugirieron que se debería haber aprovechado la oportunidad para eliminar el artículo 54 del código mercantil, ya que había desaparecido la especialidad del régimen que instituía, y, por tanto, su razón de ser. En otras palabras, una vez que, acertadamente o no, se unificaron las reglas sobre la perfección de los contratos en la órbita civil y comercial, carece de sentido mantener un precepto en el ámbito mercantil que simplemente reiterase lo dispuesto con carácter general en el Código Civil<sup>1249</sup>. Ante la coincidencia material de las dos normas que examinamos, una gran parte de los expertos se congratuló de lo que estimaban que constituía el primer paso del legislador español en orden a la uniformización del Derecho de obligaciones y contratos en el campo civil y mercantil. Sin embargo, la falta de consolidación de esa tendencia nos permite afirmar que tales expectativas eran ciertamente precipitadas, pero no injustificadas, debido al intenso debate doctrinal mantenido sobre esa importante decisión<sup>1250</sup>.

---

<sup>1248</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. ("Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia", *RCE*, núm. 52, septiembre 2004, pp. 42 a 44) expone los defectos de técnica legislativa cometidos por los redactores de la modificación operada por la Disposición Adicional Cuarta de la LSSI, entre los que enumera aquellos que hemos descrito en el texto de nuestra investigación.

<sup>1249</sup> ILLESCAS ORTIZ ("Claroscuro con patitos. De nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica", *RCE*, núm. 27, mayo 2002, pp. 22) se muestra muy crítico con la modificación articulada por la LSSI en torno al momento de la perfección contractual, pero, con relación a la identificación de los criterios en la órbita civil y mercantil, apunta que es una opción de política legislativa que supone la desaparición de las razones que, en su momento, justificaron la supuesta especialidad del ámbito comercial y empresarial. El citado autor también señala que otros ordenamientos han elegido esa vía y los resultados son positivos. Igualmente, pone de relieve que el legislador español ha procedido a unificaciones sectoriales, como en el sector de los seguros.

<sup>1250</sup> PERALES VISCASILLAS ("Sobre la perfección del contrato: El "popurrí" de los "nuevos" artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio", *RCE*, núm. 33, diciembre 2002, p. 69) elogia la Disposición Adicional Cuarta de la

A nuestro modo de ver, la confianza despertada sobre la eventual armonización de esos dos ámbitos del Derecho privado en nuestro país obedece, de nuevo, a la inexistencia de explicaciones previas por los redactores del proyecto de la LSSI. Por tanto, hemos de centrar nuestro análisis en la posible conveniencia de la modificación efectivamente realizada, es decir, limitada al ámbito material de la culminación de la construcción de los contratos. A tales efectos, una vez más, sólo podemos recurrir a las argumentaciones doctrinales. En este sentido, se aduce, por un lado, la desaparición natural de las razones que, tradicionalmente, se esgrimían para sostener esa dualidad normativa. De este modo, la pretendida celeridad que caracterizaba las transacciones mercantiles, y que recomendaba la adopción de un criterio de perfección que procurase esa rapidez, se ha equiparado a la velocidad con la que se desarrolla la contratación en el campo de las relaciones netamente civiles<sup>1251</sup>.

Por otra parte, los defensores de la uniformización de ambos campos del Derecho alegaban la dificultad conceptual de atribuir de manera rotunda a determinados contratos una naturaleza civil o mercantil. Lógicamente, ese inconveniente genera una patente inseguridad jurídica, por lo que, a nuestro modo de ver, constituye un argumento razonable para preconizar la unidad de regímenes en cuanto al momento y lugar de la perfección contractual debido a la trascendencia de tales cuestiones<sup>1252</sup>. Además, el propio legislador intenta eludir esta espinosa elección a través de la promulgación de leyes sectoriales que dedica a materias específicas, pero sin pronunciamiento expreso sobre su pertenencia a uno u otro campo jurídico, *v.gr.* la propia LSSI o la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro. Igualmente, se alude a la incursión en el escenario contractual de un nuevo protagonista, que ha adquirido una preeminencia trascendental, dado que su presencia ha ahondado este escollo.

---

LSSI en la medida en que, según la autora, nos acerca a la que denomina deseada unificación contractual en materia de obligaciones y contratos, si bien dedica su trabajo a exponer los reproches que también le merece la citada previsión.

<sup>1251</sup> Con relación a las explicaciones y argumentos que, doctrinalmente, se han esgrimido para justificar la pretendida unificación, en los que ostenta una posición privilegiada los contratos de consumo, cfr. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. E., “La reforma de los códigos, civil y de comercio: la unificación del derecho de obligaciones y contratos y la sede normativa del derecho de consumo”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 24, 2010, pp. 119 a 150; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *La obligación de conservación de las mercaderías en la compraventa internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 25; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Notas a propósito de la codificación mercantil”, *VVAA Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, pp. 393 y 394; y CLEMENTE MEORO, M. E., “Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000-1, p. 76.

<sup>1252</sup> La Comisión General de Codificación fue la impulsora de la armonización de los criterios sobre la perfección contractual en el terreno civil y mercantil, y de tal actitud se derivó la conjetura de mayores avances en esa dirección. Sin embargo, ese proceder contrasta con otros proyectos desarrollados por dicho organismo, y, en especial, por la Sección Segunda: el borrador de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad –versión marzo 2004, art. 52- y la Propuesta de Código Mercantil de junio de 2013 –arts. 413, n<sup>o</sup> 1 y 2-. Por lo que concierne al momento de perfección, ambos textos aluden a que se produce mediante la aceptación de una oferta y también contemplan la eventualidad de que acontezca a causa de conductas, pero no concretan el momento.

De este modo, se ha abierto una nueva disputa científica en torno a la calificación que merecen los contratos celebrados con consumidores, y su sometimiento a una u otra disciplina. La necesidad de conferir a ese colectivo una tutela superior a la que recibirían por parte de los dos códigos de Derecho privado que examinamos ha supuesto la proliferación de normas especiales con dicho objetivo, pero, al mismo tiempo, ha suscitado dos nuevos dilemas. Por un parte, la singularidad de la problemática y de los remedios pergeñados obstaculiza enormemente su coordinación con el resto del sistema jurídico. Por otro lado, la procedencia esencialmente comunitaria de las instituciones y las soluciones en este particular campo ha dificultado dicha armonización, dada la defectuosa técnica seguida por el legislador nacional para su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico<sup>1253</sup>.

Por último, sin perjuicio de que anticipemos que la modificación efectuada por la LSSI no merece una valoración positiva, como desarrollaremos en las páginas posteriores junto a los reparos ya expuestos, hemos de convenir en el posible acierto de dos matices contemplados por la Disposición Adicional Cuarta de dicha norma. En primer lugar, el tenor literal de la nueva redacción de los artículos 1.262 nº 2 del Código Civil y 54, nº 1 del Código de Comercio alude al momento en que se perfecciona el consentimiento. En consecuencia, sustituye la mención a la perfección de los contratos contenida en la norma mercantil y la referencia al establecimiento de un vínculo obligatorio en el precepto civil. El motivo de dicha rectificación puede obedecer a la apuesta legal por la salvaguardia de otros tipos de contratos distintos a los consensuales, ya sean reales, ya sea formales<sup>1254</sup>, y parece factible reconocer que la opción del legislador es correcta desde una perspectiva netamente conceptual<sup>1255</sup>.

Sin perjuicio de que la admisión de la categoría de los contratos reales sea objeto de una intensa controversia todavía irresuelta en nuestro país, esa innovación de la redacción de los artículos 1.262 y 54 no afecta al fondo de la temática que nos ocupa. En cambio, ponderamos indudablemente adecuada, e incluso necesaria a todas luces, la supresión de referencia alguna a medios de comunicación concretos. A efectos de evitar reiteraciones, nos remitimos a los reparos que formulamos con anterioridad, por lo que nos limitaremos a reiterar nuestra convicción de que las

---

<sup>1253</sup> PENDÓN MELÉNDEZ, op. cit., pp. 368 a 370.

<sup>1254</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., “Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual”, *VVAA Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 3213; y el propio Dictamen del Consejo de Estado –p. 67– elaborado durante la tramitación de la LSSI, en el marco de los comentarios al proyectado artículo 29, inicialmente dedicado a la regulación de la perfección de los contratos electrónicos, y que, posteriormente fue suprimido.

<sup>1255</sup> La rectificación llevada a cabo en la nueva versión de los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio permitiría posibilitar que la perfección de los contratos reales y formales se produjera en un momento diferente, es decir, con la entrega de la cosa y con la observancia del requisito en cuestión.

máximas jurídicas deben desvincularse de los criterios técnicos<sup>1256</sup>. No obstante, hemos de finalizar esta exposición con una última crítica, ya que la nueva redacción de los artículos 1.262, nº 2 del Código Civil y 54, nº 1 del Código de Comercio vuelve a apoyarse en la tradicional distinción entre sujetos presentes y ausentes, pese a que la eliminación de menciones a vías específicas de comunicación parecía augurar la evolución del legislador.

De hecho, el tenor literal de la nueva versión evidencia de forma más patente la elección de esa clasificación, frente a la redacción primigenia, en la que se infería del contraste entre los párrafos de ambos preceptos<sup>1257</sup>. Por tanto, no estamos ante una mera reiteración, sino frente a una expresa ratificación de la categorización que distingue entre presentes y ausentes con relación a la perfección contractual. Con anterioridad, hemos expuesto, y apoyado, los reproches doctrinales sobre dicha sistematización, así como las alternativas sugeridas, dado que se limita a ponderar la situación geográfica de los futuros contratantes<sup>1258</sup>. Asimismo, el Consejo de Estado reflejó en su Dictamen las ventajas e inconvenientes de dicha clasificación, y concluyó que, en los contratos *inter absentes*, la clave radica en el lapso temporal que medie entre las declaraciones, y no la falta de presencia simultánea<sup>1259</sup>. Pese a ello, termina por defender la propuesta de la Comisión General de Codificación, que respalda la diferenciación tradicional, y el legislador la reprodujo literalmente<sup>1260</sup>.

## ii. CONTRATACIÓN ENTRE AUSENTES

A efectos de dilucidar el momento y el lugar de perfección de los contratos cuando las partes se hallen en lugar distintos, la nueva versión del artículo 1.262, nº 2 del Código Civil, y de su correlativo en el Código de Comercio, dispone que hay consentimiento desde que el proponente inicial conoce la aceptación o, desde que,

---

<sup>1256</sup> A nuestro modo de ver, ese tipo de menciones convierten al precepto que las contiene en un residuo anacrónico como consecuencia de los avances tecnológicos posteriores, máxime si éstos se suceden a la velocidad inusitada que se han producido desde las postrimerías del siglo pasado. Además, generan multitud de debates doctrinales sobre la aplicación extensiva de tales normas a otros adelantos, como hemos tenido ocasión de examinar. De esta forma, parece que el legislador español respetó un axioma propio de la contratación electrónica, el principio de neutralidad tecnológica. En este sentido, vid. MATEU DE ROS, “*Principios ...*”, cit., pp. 94 y 95; e ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la Contratación Electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 33 y ss, y “Los principios de la contratación electrónica, revisitados”, VVAA Derecho Patrimonial y tecnología, Director MADRID PARRA, A., Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 21 a 88.

<sup>1257</sup> PENDÓN MELÉNDEZ, op. cit., p. 289.

<sup>1258</sup> GONZÁLEZ GOZALO, *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico*, Comares, Granada, 2004, pp. 102 y 103; CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Reus, Madrid, 2005, p. 76; y PERALES VISCASILLAS, “Formación del contrato electrónico”, *Régimen Jurídico de Internet*, Coordinadores FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, M., CREMADES GARCÍA, J., e ILLESCAS ORTIZ, R., Wolters Kluwer, Madrid, 2001, p. 883.

<sup>1259</sup> Literalmente, el Consejo de Estado exponía que “[...] Aunque en ambos casos (segundo párrafo del artículo 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio) cabe hablar de “contratos entre ausentes”, lo relevante en ellos no es tanto la falta de presencia simultánea de ambas partes como la existencia de un lapso de tiempo entre el momento de la oferta y el de la aceptación. Ello explica que la jurisprudencia no aplique el párrafo segundo del artículo 1262 del Código Civil a los contratos celebrados por teléfono (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1948)” –Dictamen, pp. 69 y 70-.

<sup>1260</sup> A raíz de la presentación de la Propuesta de Modernización del Código Civil en enero de 2009, la Comisión General de Codificación rectificó su criterio, y adoptó un planteamiento completamente diferente, como comprobaremos en las páginas posteriores.

habiéndosela remitido el destinatario de aquélla, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. La primera impresión es que el giro propiciado por la reforma articulada a través de la LSSI se plasma, en primer lugar, en la previsión de dos axiomas para discernir en qué instante se alcanza la culminación de la formación contractual en el supuesto de hecho de tales normas; en segundo lugar, que la aparente relación que se establece entre ambas máximas es de subordinación, y no alternativa; y, en tercer lugar, que el criterio principal que se debe emplear es el correspondiente a la teoría de la cognición, y, en su defecto, el relativo al principio de la recepción<sup>1261</sup>.

## **ii.1. REGLA GENERAL**

Por consiguiente, la máxima a la que debemos acudir en primera instancia es exactamente idéntica a la que el legislador decimonónico contempló en la redacción primigenia del artículo 1.262, n° 2 del Código Civil, *ergo*, nada nuevo podemos añadir. La diferencia radical se produjo en la modificación del Código de Comercio, por cuanto el criterio aplicable se ha transformado desde la teoría de la emisión o, en su caso, de la expedición hasta el principio más exigente situado en el extremo opuesto. En consecuencia, debemos insistir en los reproches vertidos de forma prácticamente unánime por la doctrina, tanto nacional como comparada, respecto a las arbitrariedades que se pueden desprender de las dos teorías más extremas -emisión y cognición-, en la medida en que atribuyen a uno de los futuros contratantes los riesgos derivados del transcurso del lapso temporal habido entre las diversas declaraciones emitidas por aquéllos y su perfección.

Obviamente, es potestad del legislador decidir el criterio para resolver el conflicto de intereses que subyace a la determinación del momento en que debe entenderse producida la conclusión del contrato proyectado. Sin embargo, debemos poner de relieve que la modificación legislativa introducida por la LSSI minusvaloró la preeminencia que han alcanzado las dos teorías denominadas intermedias. Básicamente, las razones que aconsejaban la selección de una de estas dos últimas tesis descansaban en que dichas posturas lograban un mayor equilibrio entre las posiciones contractuales e intereses de las partes comprometidas en la formación de un vínculo obligacional. Por consiguiente, la posición de legislador nacional supone un franco retroceso que, en consonancia con nuestras explicaciones anteriores, no podemos compartir, ni llegamos a comprender debido a la absoluta carencia de debates previos y justificaciones posteriores<sup>1262</sup>.

---

<sup>1261</sup> ESTUPIÑÁN CÁCERES, R. (“La perfección de los contratos celebrados entre personas situadas en lugares distintos”, La Ley, núm. 5, 2002, p. 1687) entiende que los nuevos criterios contenidos en la actual redacción del artículo 1.262, n° 2 del Código Civil no se alejan de la interpretación correctora que, antes de la reforma operada por la LSSI, hacían la doctrina y la jurisprudencia con relación a dicha norma.

<sup>1262</sup> Queremos traer a colación las explicaciones ofrecidas por PENDÓN MELÉNDEZ (op. cit., pp. 324 y 325), ya que introducen un argumento novedoso. El citado autor critica severamente la versión vigente del artículo 1.262, n° 2 del Código



## ii.2. REGLA SUBSIDIARIA

A pesar de las dificultades exegéticas que encierra esta máxima, creemos, junto a un amplio sector doctrinal, que recoge la teoría de la recepción. Asimismo, estimamos que su aplicación se subordina a la imposibilidad de invocar la regla principal -tesis de la cognición-, en consonancia con los inconvenientes reiteradamente señalados por la doctrina y la jurisprudencia que se derivan del principio en que se apoya el criterio principal. Sin embargo, se ha discutido el carácter subsidiario o alternativo de este segundo axioma, dado que se utiliza una conjunción disyuntiva para su coordinación con el preferente. A nuestro juicio, la relación establecida entre ambas reglas es de naturaleza jerárquica, ya que situarlas en un plano de igualdad supondría valorar la máxima secundaria como una mera reiteración de la primordial. Esta decisión carecería de toda lógica, y entendemos que no puede ser el objetivo de la reforma propiciada por la LSSI<sup>1263</sup>.

Por lo que concierne a los problemas interpretativos apuntados, la primera contrariedad que nos encontramos radica en identificar la regla que se desprende del tenor literal utilizado en los preceptos afectados por los cambios legislativos. Desde una perspectiva estrictamente gramatical, la expresión empleada por la versión vigente es ciertamente extraña<sup>1264</sup>, e incluye una aclaración en medio de la oración principal que contribuye a oscurecer aún más su significado: “[...] o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, (...)”. Se ha señalado que la construcción verbal de la frase central –“no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe”– puede tener su origen último en la Convención de Viena de 1980 y en los Principios Unidroit. No obstante, ambos textos de Derecho uniforme emplean dicha locución para definir el canon en cuya virtud se deben interpretar las declaraciones y los actos de los intervinientes en la formación del contrato, y no con relación al momento y al lugar en que ha de entenderse producida la perfección contractual<sup>1265</sup>.

---

Civil en cuanto vuelve a plantear la contratación entre ausentes como una cuestión de distancia física cuando, desde hace más de sesenta años, resulta pacífico que debe analizarse bajo la perspectiva de la distancia temporal. Este experto apunta que parece que el legislador se ha visto influido por el concepto legislativo de las ventas a distancia, modalidad contractual que sí descansa en la separación física entre los contratantes. Sin embargo, la valoración de ese factor en dichas operaciones responde a la protección de los consumidores y usuarios, y no a la perfección contractual, por lo que, junto al autor mencionado, estimamos correcto su planteamiento, y, dada su especialidad, que no se puede extrapolar a otras categorías.

<sup>1263</sup> ILLESCAS ORTIZ (“*Claroscuro* ...”, cit., pp. 16 a 20) critica que no se establezca un único criterio de determinación del momento de perfeccionamiento del contrato celebrado entre ausentes, sino tres. Además, señala que no se establece con claridad el orden de prioridad de tales axiomas.

<sup>1264</sup> PENDÓN MELÉNDEZ (op. cit., p. 325) asevera que la expresión “no puede ignorar sin faltar” es incorrecta, porque encierra un doble negativo “no puede... sin faltar”, y, además, se proyectan sobre un hecho negativo, como es “ignorar”.

<sup>1265</sup> En concreto, se contempla en el artículo 8, 1) de la Convención de Viena de 1980 y en el artículo 4 (2) de los Principios Unidroit. No hemos localizado la citada expresión en los restantes textos de Derecho Uniforme en que se inspira la Propuesta de Modernización del Código Civil. Por su interés, reproducimos la redacción del primero de los preceptos mencionados: “1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención”.

En segundo lugar, se ha insinuado que la frase subordinada parece referirse a la teoría de la expedición, y que, por tanto, ese es el criterio que contempla la regla subsidiaria. El motivo que se esgrime es que alude a la acción de remitir, y el sujeto protagonista de ese acto sólo podrá ser el hipotético aceptante<sup>1266</sup>. Si esta conjetura fuera acertada, no extrañaría esa elección en la órbita mercantil, por cuanto, según un numeroso sector doctrinal, era la tesis contenida en la redacción anterior del artículo 54, nº 1 del Código de Comercio. En ese sentido, podría justificarse su adopción en función de su condición de postulado nacido para compensar los excesos de las teorías originarias de la emisión y de la cognición. Por el contrario, se opondría a la tradicional actitud adoptada por el Código Civil en este tema. Sin embargo, el detenido examen de la oración principal -pese a su formulación negativa-, y su coordinación con la locución que le precede, permite colegir que se corresponde en mayor medida con la tesis de la cognición atenuada<sup>1267</sup>.

Hemos graduado la equiparación anterior por cuanto el cambio legislativo introducido por la LSSI describe la contingencia de que el oferente no pueda ignorarla -la *aceptación*- sin faltar a la buena fe. En pura lógica, la expresión utilizada ha de equivaler al conocimiento que deba poseer el proponente inicial respecto al asentimiento remitido por el destinatario, y, por tanto, debe referirse a la posibilidad de conocimiento por parte del ofertante, o cognoscibilidad, y no a su discernimiento real. De esta forma, mantendría una armonía coherente y subordinada con el axioma principal, que sanciona ese conocimiento efectivo. A todas luces, carecería de sentido que el criterio suplementario requiriese el mismo presupuesto de hecho que la máxima a la que pretende complementar. Por otro lado, también se ha puntualizado que los precisos términos utilizados requieren que el conocimiento que pudo y debió alcanzar el primer declarante se exige con relación a la propia aceptación, y no a la remisión de la misma<sup>1268</sup>.

---

<sup>1266</sup> ILLESCAS ORTIZ ("*Claroscuro ...*", cit., p. 17) entiende que se acoge la teoría de la emisión o de la expedición.

<sup>1267</sup> Sin embargo, MATEU DE ROS ("*¿Hay consentimiento ...*", cit., pp. 143 y 144) considera que los nuevos artículos 1.262 y 54 no acogen la teoría de la cognición, pese a que la confusa redacción pudiera provocar que así lo creyéramos, sino el principio de la expedición justificada de la aceptación, sin necesidad de que llegue a conocimiento del oferente. De esta forma, en opinión del autor mencionado, se extendería a todo el Derecho privado la solución característica de la órbita mercantil. Igualmente, entiende que es la opción que la jurisprudencia ha propugnado en aplicación del artículo 1.262, y no la tesis de la recepción *strictu sensu*. Además, este especialista explica que la actual redacción de las normas indicadas contiene realmente un criterio alternativo: conocimiento de la aceptación o remisión justificada de la misma, en el sentido de que de que el envío se haya efectuado en condiciones tales que el proponente no pueda negar de buena fe el conocimiento. Sin embargo, como, en la práctica, la segunda alternativa engloba a la primera, este autor plantea que la reforma operada por la LSSI podía haberse limitado a consignar la máxima de la expedición justificada en lugar de la del conocimiento inexcusable.

<sup>1268</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR (op. cit., p. 267) considera que la reforma no añade nada nuevo, debido a que, tanto antes como ahora, es el conocimiento de la aceptación lo que determina la conclusión del contrato. Asimismo, la citada autora pone de relieve que el artículo 28, nº 2 de la LSSI se muestra acorde con dicho sistema, ya que establece que "2. Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello. En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones".

A nuestro modo de ver, podemos juzgar sensata la deducción, dado que no encontramos razón alguna que justifique demandar al oferente que deba tener noticia del envío de la aquiescencia, salvo que su autor estuviera obligado a comunicar dicha actuación. En resumen, y pese a los desaciertos que acabamos de esbozar, entendemos que la modificación de los dos códigos decimonónicos de Derecho privado en torno a la perfección contractual *inter absentes* sienta, con carácter preferencial, la tesis de la cognición, y, en el caso de que el conocimiento del oferente no se haya producido, se sustituye por una presunción, que se define por la cognoscibilidad que aquél pudo alcanzar. Además, estimamos razonable inferir que la máxima secundaria se inspira en las correcciones efectuadas doctrinalmente en orden a mitigar los arbitrarios efectos que puede originar la estricta aplicación de la teoría de la cognición<sup>1269</sup>.

Sin embargo, la rectificación doctrinal indicada sugirió la aplicación de la teoría de la recepción, de forma que la exigencia del conocimiento debido se orientaba hacia la constatación de la llegada del asentimiento, mientras que la redacción vigente alude explícitamente a la propia aquiescencia, y no a su recepción<sup>1270</sup>. Este nuevo punto de vista podría calificarse más correcto en la medida en que obedeciese al reconocimiento legal de que la conformidad no se restringe a las declaraciones escritas -las únicas susceptibles de ser enviadas y recibidas-, sino que igualmente se expresa mediante actos. Sin perjuicio de que estimamos que la opinión científica anterior amparaba sendos tipos de manifestaciones de voluntad, observamos que el razonamiento propuesto deviene inútil cuando intentamos armonizarlo con la oración subordinada que contiene el axioma secundario. Su finalidad parece descansar en la necesidad de que el eventual aceptante haya remitido su avenencia, lo que, además de notorio, y, por tanto, innecesario, reconduce la acción exigida a aquél al envío de una respuesta escrita.

Por consiguiente, no alcanzamos a comprender el motivo del cambio señalado, y el Dictamen del Consejo de Estado no suministra ninguna explicación sobre este aspecto específico. No obstante, las observaciones más críticas se han proferido con relación al factor al que se supedita la ponderación del conocimiento debido por el proponente inicial. La valoración de que el proponente inicial haya

---

<sup>1269</sup> MARTÍNEZ MATESANZ, C., y RUIZ MUÑOZ, M. (“Algunos aspectos jurídicos-privados del Proyecto de Ley SSI y de comercio electrónico de 8 de febrero de 2002”, *RCE*, núm. 27, mayo 2002, pp. 48 y ss.) estiman que, finalmente, se acoge el criterio de la recepción, ya que, por su mayor amplitud, prevalece sobre el del conocimiento. Igualmente, entienden que su argumento se ve respaldado por el artículo 24 de la Convención de Viena de 1980, que se dedica a concretar cuándo se debe entender que cualquier declaración de voluntad formulada en el periodo de formación del contrato “llega” a su destinatario.

<sup>1270</sup> Sin embargo, hemos observado que, en la doctrina, se alude, sin matizaciones, al conocimiento debido con relación a la llegada de la aceptación, no a la propia manifestación en sí. Vid. PERALES VISCASILLAS, “*Sobre la perfección ...*”, cit., pp. 75; y PANIZA FULLANA, A., “Algunas reflexiones sobre la normativa aplicable a los contratos a distancia celebrados con consumidores: Problemas y contradicciones”, *VVAA Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Coordinador COTINO HUESO, L., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 70 y 71.

podido tener noticia de la anuencia enviada por el destinatario o, por el contrario, la imposibilidad de tal circunstancia se ha de evaluar desde el prisma de la buena fe que debiera haber presidido la conducta del primero. La introducción de esta pauta general como parte integrante de la lícita actuación del oferente, inicialmente, podría calificarse superflua, por cuanto en nuestro sistema impera el aforismo según el cual la *bona fides* se presume siempre<sup>1271</sup>. De esta forma, hemos de preguntarnos si se le atribuye una función especial en aras a delimitar el momento de la perfección contractual.

Algunos expertos entienden que supone exigirle un plus al teórico aceptante, ya que la demostración de que la conducta del primer declarante atentó contra dicho principio genérico reviste gran dificultad, máxime cuando ostenta la condición de consumidor. En ese sentido, indican que la distancia física existente, el acceso a los sistemas técnicos de información de la contraparte o la preceptiva colaboración de los prestadores de servicios de comunicación se convierten en auténticos impedimentos de índole probatoria. Además, consideran que la complejidad se agrava cuando la conducta contraria a la buena fe consista en una actitud pasiva, hasta llegar a afirmar que se transforma en una *probatio diabólica*. En nuestra opinión, tales inconvenientes concurrirán con independencia de que el criterio subsidiario incorpore o no la advertencia explícita a la buena fe, porque el cumplimiento de ese estándar de conducta se presupone, y el interviniente que niegue su observancia deberá probar dicha afirmación.

No obstante, la jurisprudencia ha mitigado el rigor de dicho aserto, ya que exige que los tribunales ponderen el grado de la facilidad de acceso a la prueba requerida. A nuestro modo de ver, la consecuencia trascendental que origina la invocación del respeto al canon de la *bona fides* se revela en que el comportamiento que vulnera dicha pauta se identifica con una conducta intencional, por lo que se excluyen las actuaciones meramente culposas<sup>1272</sup>. Esta distinción no surge con la directa aplicación de la teoría de la recepción, ya que engloba cualquier conducta que desemboque en la ausencia de conocimiento de la llegada de la avenencia. Sin embargo, no disponemos de aclaraciones sobre la motivación de los redactores de la reforma articulada por la LSSI para acotar la responsabilidad del oferente en esa medida. Por el contrario, la explícita previsión del axioma de la cognición atenuada,

---

<sup>1271</sup> Artículos 7 y 1.258 del Código Civil y artículo 57 en el Código de Comercio.

<sup>1272</sup> PENDÓN MELÉNDEZ (op. cit., p. 337) sostiene que la mención a la buena fe limita las posibilidades de justificar desconocimiento por el oferente. De este modo, resultaría igualmente válido si se entera por otra vía, siempre que no se hayan limitado en la oferta los medios a usar, si bien habría que juzgar la idoneidad del cauce alternativo.

junto a la cognición *strictu sensu*, nos sugiere que el legislador pretendía ampliar las hipótesis en las que se culmina la perfección contractual<sup>1273</sup>.

Por consiguiente, la única explicación razonable es que interpretemos que mención a la *bona fides* se refiere a la pauta de la diligencia exigible. Asimismo, resulta sensato inferir que el legislador quiso insinuar que ese nivel de cuidado al que debe ajustarse la actuación del oferente, ya sea positiva u omisiva, debería caracterizarse por un particular esmero, cercano al que se exige a los empresarios o profesionales en el desarrollo de sus actividades. De esta forma, parece asumirse que, en la generalidad de los casos, el proponente inicial revestirá la condición antedicha. No obstante, como hemos comentado anteriormente, se trata de una premisa discutible porque, en bastantes ocasiones, las transacciones comienzan mediante la formulación de una *invitatio ad offerendum*<sup>1274</sup>, y, por tanto, el ofertante sería el consumidor. A nuestro juicio, en la mayoría de los casos obedecerá a que dicho sujeto seleccionó el instrumento de comunicación, frente a otros posibles.

Por consiguiente, se debería distinguir el nivel de diligencia según que nos encontremos en el ámbito civil, ya que los futuros contratantes poseerán la cualidad de particulares, o en la esfera mercantil, dado que quien protagonizará la iniciativa contractual será un empresario o profesional. Por otro lado, habrá de minorarse el grado de cuidado exigible al oferente cuando el destinatario de la propuesta inicial conteste a través de una vía de comunicación diferente a la empleada por aquél, y no exista un acuerdo previo que respalde el uso de dicho cauce. Finalmente, en nuestra opinión, las consideraciones planteadas conducen a observar que la regla subsidiaria se convertirá en la máxima cuyo uso será más frecuente. En este sentido, parece innegable que se logrará con mayor facilidad la culminación del contrato si se supedita al conocimiento presunto o debido por el receptor de la aquiescencia,

---

<sup>1273</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (op. cit., pp. 267 y 268) se plantea si la nueva redacción de los artículos 1.262 y 54 pretende establecer que sólo hay perfección contractual cuando la falta de conocimiento o la ignorancia de la aceptación obedezca a la mala fe del oferente, dado que intencional, dolosa y maliciosamente retrasó tener noticias. Por consiguiente, se pregunta si el contrato no se culmina en caso de concurrir culpa o negligencia en el oferente. Pese a que la literalidad del precepto, en opinión de la autora –que compartimos–

<sup>1274</sup> En este sentido, la LSSI parece partir de que el oferente es un prestador de servicios profesional, lo que se evidencia con el ingente deber de información que, acertadamente, le impone. Asimismo, se denota claramente en la obligación de remitir un acuse de recibo de la aceptación que impone al oferente el artículo 28, nº 2 de la LSSI. Esta disposición legislativa no transpuso correctamente la Directiva de comercio electrónico, ya que esta norma comunitaria establecía ese deber a cargo del prestador de servicios sin valorar quien hiciera la oferta. En cambio, la redacción de la LSSI traslada esa carga al oferente, con independencia de que sea el prestador o el destinatario –BERROCAL LANZAROT, op. cit., p. 99-. Sin embargo, como matiza ARIAS POU, M. (“El consentimiento en la contratación electrónica a través de Internet”, *La Ley*, núm. 6540, 01/09/2006, D-187, 2006-4), también prevé el precepto citado que el prestador de servicios deberá facilitar el cumplimiento de dicha obligación en el supuesto de que la justificación de la recepción de la aceptación la deba proporcionar el destinatario. De esta forma, deberá poner a disposición de este último algunos de los medios señalados en la propia norma. En cualquier caso, la obligación de confirmar la contratación realizada es un deber que afecta a una información post-contratual, por lo que no afecta en modo alguno al momento en que acontence la perfección contractual, que, obviamente, es anterior. Vid. por todos ROGEL VIDE, “Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos”, *VVAA Libro Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Coordinadores ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, E., T. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 2169.

que si depende del conocimiento efectivo y real de aquél. Igualmente, se podrán superar con mayor comodidad los obstáculos que surjan en el campo probatorio<sup>1275</sup>.

Por último, las incertidumbres expuestas nos encaminan hacia la conclusión de que la finalidad de los cambios legislativos operados por la LSSI no se ha logrado, dado que, en principio, toda modificación legal ha de mejorar la situación preexistente. En esta línea, estimamos que hubiese sido más correcto formular una presunción en sentido positivo acerca del conocimiento -en lugar de la imposibilidad de ignorar- sobre la base de un hecho puramente material, lo que evita el examen de la conducta del ofertante y de su conocimiento según el estándar de la buena fe o el canon de la diligencia exigible. Por tanto, nuestra propuesta supone localizar la perfección contractual en un momento preciso, y a través de la constatación de un dato objetivo, a fin de facilitar la verificación de ese fenómeno y el instante en que se produce. En consonancia con la propuesta que venimos formulando, creemos que la teoría de la recepción se atiene a todas las premisas que acabamos de señalar, además de ofrecer otras ventajas indicadas anteriormente<sup>1276</sup>.

### **c. CONTRATOS CELEBRADOS MEDIANTE DISPOSITIVOS AUTOMÁTICOS**

---

<sup>1275</sup> ILLESCAS ORTIZ (“*Claroscuro ...*”, cit., pp. 17 y 18) dice que “[...] Las presunciones no pueden basarse en la buena fe. La buena fe siempre se presume y la norma proyectada riza el rizo en cierto modo. Habría de haberse utilizado el criterio de culpa o diligencia implícitas tan frecuente en el derecho anglosajón y paulatinamente incorporado al derecho español; conforme a tal criterio, los efectos derivados del conocimiento presunto de un hecho que debiera conocerse por un sujeto, caso de que actuare no tanto en buena fe sino con la debida diligencia, se consagran o formulan con la ya catalogable como cláusula legislativa de estilo, conforme a la cual “habida cuenta de las circunstancias del caso, el sujeto no puede negar su conocimiento”. Esta fórmula, que presume conocimiento y eventual falta de diligencia y que atribuye presuntivamente los efectos de su negligencia a quien conforme a sus circunstancias habría ordinariamente conocido si se hubiera conducido como se espera del mismo, resulta muchos más adecuada al caso que la basada meramente en la buena fe y su inexistencia. Ni que decir tiene, por demás, que la prueba de las circunstancias determinantes del conocimiento implícito suele ser mucho más fácil por parte de quien pretende beneficiarse de la regla legal que la mala fe”.

<sup>1276</sup> PERALES VISCASILLAS (“*Sobre la perfección ...*”, cit., p. 73) se muestra muy crítica con la reforma articulada por la Disposición Adicional Cuarta de la LSSI, por cuanto, entre otras razones, señala que la modificación indicada debería haber incorporado exclusivamente la teoría de la recepción para la perfección de los contratos o, al menos, no se observa esa elección en una primera lectura de los artículos 1.262 y 54. A juicio de la autora, ese principio es el más coherente con las reglas de la oferta y de la aceptación en la contratación a distancia, y, en este sentido, hay que destacar que es el más seguido por las regulaciones modernas, dedicadas o no al comercio electrónico. Asimismo, nuestro ordenamiento también lo acoge, dado que lo asume la Convención de Viena de 1980, y España la ratificó en 1991. Igualmente, la propia LSSI parece decantarse por dicho axioma, dado que establece la obligación del oferente de confirmar la recepción de la aceptación –art. 28-. Este deber parece contraponerse a la máxima prevista por los artículos 1.262 y 54, ya que en el supuesto de un contrato celebrado mediante dispositivos automáticos, la perfección contractual acontece de acuerdo a la tesis de la expedición. En consecuencia, la pérdida del mensaje de aceptación la padece el oferente, por cuanto quedará vinculado por el contrato, pero sin posibilidad de confirmar el recibo del asentimiento. Por último, la citada autora asevera que la pretendida unificación de regímenes en torno a la conclusión contractual es parcial, ya que se detecta una duplicidad de soluciones en caso de compraventas mercantiles. En la hipótesis de que ostenten carácter internacional, se regirán por la Convención vienesa. En el caso de que sean internas, y con independencia de su adscripción al terreno civil o al mercantil, contarán con otra solución común para ambas. Además, habrá que tener en cuenta un tercer factor, consistente en dilucidar si se celebra o no a través de dispositivos automáticos. En sentido positivo, la autora reconoce el acierto de la unificación del criterio aplicable para la fijación del momento de la culminación del *iter* formativo de los contratos nacionales, civiles o mercantiles. Por su parte, PENDÓN MELÉNDEZ (op. cit., p. 338) sostiene que las dudas interpretativas que ofrece la regla subsidiaria deben resolverse a favor de la tesis de la recepción, pero cree que, a causa del juego de la práctica y de las exigencias legales, devendría en la regla de la expedición.

El tercer párrafo del vigente artículo 1.262 del Código Civil, así como el segundo párrafo del actual artículo 54 del Código de Comercio, se introdujo *ex novo* mediante los cambios legislativos auspiciados por la LSSI. De acuerdo con el tenor literal de tales normas “*En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación*”, por lo que la novedosa previsión persiste en vincular el momento en que debe entenderse alcanzada la perfección contractual con un determinado instrumento técnico, de forma similar a la versión primigenia de tales preceptos y la correspondencia postal. Por otro lado, se aleja de las reglas que le preceden, que consagran la clásica distinción de la contratación entre presentes y ausentes, y preconiza una nueva máxima, la de la emisión, que puede encontrar fácil acomodo en la esfera mercantil, pero contradice los criterios habituales en la órbita civil. Por consiguiente, con carácter inicial, hemos de mostrar nuestra inquietud ante este giro legislativo<sup>1277</sup>.

A efectos de valorar apropiadamente este nuevo criterio legal, debemos comenzar por delimitar el concepto sobre el que orbita la misma, los *dispositivos automáticos*. El primer dato que constatamos es que se trata de una noción extraña en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que no podemos recurrir a otras disposiciones legislativas en busca de una definición o, en su defecto, del sentido que pudiera colegirse de su regulación. En esta línea, la LSSI contempla un Anexo en el que describe diez nociones, pero no alude a la que examinamos, lo que, a nuestro modo de ver, es una actitud incomprensible. Una vez más, debido a la ausencia de debates previos y de justificaciones posteriores sobre la LSSI, y a la falta de otros referentes legislativos, nos vemos compelidos a acudir a las diversas aportaciones doctrinales en torno a este extremo, y al Dictamen emitido por el Consejo de Estado, que recoge parcialmente los informes preceptivos para el nacimiento de dicha norma<sup>1278</sup>.

En consecuencia, la determinación del ámbito objetivo de la previsión legal que nos ocupa presenta incomprensibles obstáculos con carácter previo, máxime

---

<sup>1277</sup> La Directiva sobre comercio electrónico no contiene ninguna referencia a los denominados dispositivos automáticos, ni expresión similar. Tampoco hemos localizado ninguna indicación en tal sentido en los proyectos previos de la citada norma comunitaria.

<sup>1278</sup> GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J. (“Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, *VVAA Tratado de Contratos*, Director BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., T. II, 2ª edic., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1963 y 1964) expone que la interpretación de la Disposición Adicional Cuarta de la LSSI ha generado notorios inconvenientes a la doctrina, los cuales se agravan a causa de los errores que contiene en la Exposición de Motivos de dicha norma –que hemos comentado anteriormente-. Las respuestas se pueden calificar en tres grandes categorías. En primer lugar, se identifican con los contratos electrónicos en general; en segundo término, se acotan a los que se concluyen mediante páginas web interactivas, pero se excluyen los alcanzados a través del correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente; y, por último, se circunscriben a los contratos celebrados por medio de agentes inteligentes o mecanizados, que se denominan contratos M2M. A pesar de que el citado autor valora los tres puntos de vista igualmente defendibles, valora más convincentes los argumentos que respaldan la segunda opción expuesta, y los extrae del Dictamen del Consejo de Estado, núm. 3534/2001, sobre el Anteproyecto de Ley de servicios de la sociedad de la información, de 17 de enero de 2002.

cuando la finalidad de la misma estriba en sentar un criterio para la concreción del instante de la perfección de una novedosa categoría contractual<sup>1279</sup>. A pesar de la exposición anterior, creemos conveniente ponderar su cercanía con una figura cuya terminología está próxima, y a la que nos hemos referido con anterioridad. Hemos de retrotraernos hasta nuestra disertación acerca de la controvertida figura de las ofertas tácitas, en contraposición con las respuestas formuladas con tal naturaleza. Con tal motivo, examinamos la posibilidad de integrar las transacciones efectuadas mediante máquinas automáticas dentro de la primera tipología. Tal y como expusimos, la LOCM regula una forma de distribución al por menor que se incardina en la categoría de *ventas especiales*, a la que se refiere como *ventas automáticas*, junto a las ventas a distancia, las ambulantes y las efectuadas en pública subasta.

De acuerdo con la definición legal facilitada por dicha norma, esta modalidad engloba las hipótesis en las que se pone a disposición del consumidor el producto para que lo adquiera mediante el accionamiento de cualquier tipo de mecanismo, previo pago de su importe<sup>1280</sup>. A pesar de la escasa trascendencia de este tipo de compraventas por el bajo coste de los bienes ofrecidos, propiciaron el debate doctrinal sobre su despersonalización, ya que la oferta se exterioriza mediante un artefacto con el que interactúa el adquirente sin intervención de la contraparte. La inquietud se centraba en la efectiva prestación del consentimiento debido a la falta de concurrencia simultánea de las partes. En esta dirección, se ha sugerido que la introducción de esta novedosa previsión a través de la Disposición Adicional Cuarta de la LSSI podría haber pretendido solucionar esa incertidumbre, pero se ha descartado mayoritariamente esa posibilidad dada la ausencia de explicaciones de los promotores de la citada reforma en ese sentido<sup>1281</sup>.

---

<sup>1279</sup> MATEU DE ROS (*“Principios ...”*, cit., pp. 149 y 150) explica que la LSSI no define esta modalidad de contratos, ni ha encontrado en la legislación española o en la comunitaria una noción válida de la misma. A juicio de este autor, la locución legal *dispositivos automáticos* no se puede equiparar con los contratos electrónicos, tal y como se definen por la LSSI, pues si el contrato automático puede no ser un contrato electrónico, de la misma forma el contrato electrónico que se celebra a través de la concurrencia de voluntades humanas, no puede configurarse como un contrato automatizado. Por consiguiente, este experto concluye que el último párrafo de los artículos 1.262 y 54 debe aplicarse a aquellos contratos, electrónicos o no, en los que las manifestaciones de las partes –o sólo del aceptante– se efectúa mediante el accionamiento de un mecanismo automático. Este autor considera que el supuesto de hecho descrito se produce cuando los acuerdos se alcanzan a través de agentes electrónicos programados a tal fin, así como en los contratos celebrados mediante máquinas o locales automáticos, v. gr. mediante cajeros automáticos, y, en general, en las ventas automáticas según la acepción recogida en la LOCM.

<sup>1280</sup> GONZÁLEZ GOZALO (*“La formación tras la Ley de servicios ...”*, cit., pp. 240 y 241) entiende que el concepto de dispositivo automático es tan amplio como para permitir la aplicación de los artículos 1.262, nº 3 y 54, nº 2 a todo acuerdo en que el proponente utiliza un aparato para formular la oferta y para recibir la aceptación, y, en tal sentido, el paradigma serían las máquinas expendedoras de productos, a las que nos hemos referido con ocasión de diferentes aspectos relativos a la formación del contrato a lo largo de nuestra investigación.

<sup>1281</sup> Una de las virtualidades de la LSSI es la consagración de la validez del consentimiento emitido por medios electrónicos, lo que, a la vista de las enconadas discusiones habidas a causa de la irrupción de anteriores modalidades de contratación, como las ventas automáticas, que, en su momento se calificaron como novedosas frente a los existentes, parece que dicha cautela legislativa, desafortunadamente, no es meramente programática, sino conveniente. En cualquier caso, también se contempla en la Directiva de comercio electrónico, cuya transposición era su objetivo prioritario -MATEU DE ROS,



Desde una perspectiva técnica, las transacciones efectuadas mediante artefactos de carácter automático parecen aproximarse a operaciones de índole mecánica, si bien han experimentado avances gracias al progreso tecnológico. Hasta la fecha han incorporado sistemas electrónicos de comunicación entre el vendedor y el comprador, a fin de solventar las vacilaciones del futuro adquirente o los problemas que presente el funcionamiento de tales aparatos, pero se añadirán otros adelantos que permitirán diversas fórmulas de pago -monederos inteligentes-, que también constituyen instrumentos de carácter electrónico. El concepto legal de *venta automática* establece una estrecha relación entre el término *automático* y el vocablo *mecánico*, dado que contempla que la activación de esos ingenios se efectúa por el eventual aceptante a través de *cualquier tipo de mecanismo*. A nuestro modo de ver, las expresiones empleadas permiten dar cabida a las mejoras apuntadas, que se apoyan en la electrónica, sin desvirtuar dicha categoría.

De este modo, se detecta una proximidad entre las expresiones *dispositivos automáticos* y *máquinas automáticas*, pero no creemos que contemos con el sostén necesario para equipararlas. A tales efectos, hemos acudido al significado que se atribuye a tales locuciones en el repertorio oficial, que, en primer lugar, permite inferir una interdependencia entre *dispositivo*<sup>1282</sup> y *máquina*<sup>1283</sup>, dado que una máquina englobaría un conjunto de dispositivos. En cuanto al vocablo *automático*<sup>1284</sup>, una de las acepciones posibles señala que, habitualmente, se relaciona con el adjetivo *mecánico*, ya que alude a un artificio que *funciona en todo o en parte por sí solo*. Además, otro de los significados ofrecidos insinúa su vinculación con la *ciencia que persigue sustituir en un proceso al operador humano por dispositivos mecánicos o electrónicos*. En consecuencia, nos vemos abocados a delimitar el término

---

“Principios ...”, cit., pp. 86 y 87-. Además, el artículo 23 se ocupa de señalar explícitamente que no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos. Con anterioridad a la aprobación de la LSSI, la doctrina se planteó la posibilidad de extender la aplicación del artículo 51, nº 2 del Código de Comercio a los contratos celebrados por Internet, y, acertadamente, predominaron las respuestas que se orientaban hacia la atribución a las exigencias contenidas en el citado precepto de un carácter estrictamente probatorio, a la consideración de que tales requerimientos habían quedado tácitamente derogados por la realidad social y los adelantos técnicos, así como a la admisión de la aceptación tácita de la utilización de los medios efectivamente empleados entre las partes –ALONSO UREBA y VIERA GONZÁLEZ, cit., pp. 336 y 337-.

<sup>1282</sup> De acuerdo con la segunda acepción recogida en el Diccionario elaborado por la R.A.E., *dispositivo* se equipara con un mecanismo o artificio dispuesto para producir una acción prevista.

<sup>1283</sup> En cuanto al concepto de *máquina*, la definición expuesta por el Diccionario de la R.A.E. en segundo lugar hace referencia a un conjunto de aparatos combinados para recibir cierta forma de energía y transformarla en otra más adecuada, o para producir un efecto determinado.

<sup>1284</sup> Por lo que concierne al adjetivo *automático*, la descripción que se ajusta al contexto en que nos movemos entre las que nos ofrece el Diccionario de la R.A.E indica que se emplea con relación a un mecanismo, y que funciona en todo o en parte por sí solo. Asimismo, creemos que también resulta oportuna la descripción recogida en sexto lugar, que alude a la ciencia que trata de sustituir en un proceso el operador humano por dispositivos mecánicos o electrónicos.

*mecánico*<sup>1285</sup>, que nos remite a la acción ejecutada por un *mecanismo* o una *máquina*, y a los aparatos que generan el movimiento en un ingenio o un artefacto.

Por consiguiente, se confirma la correlación semántica entre los vocablos examinados, pero no podemos aseverar que el espíritu de la reforma operada por la LSSI responda a dicho razonamiento<sup>1286</sup>. No obstante, aunque apoyásemos el paralelismo entre las expresiones analizadas, reiteramos que resulta inexplicable que los redactores de esta novedosa previsión no entablaran expresamente esa analogía en la misma o en cualquier otra parte del texto legal<sup>1287</sup>. Esa omisión conlleva que no podamos afirmar el significado que se pueda atribuir a la locución *dispositivos automáticos*. La alternativa doctrinal fue acudir a su posible identificación con la contratación mediante el empleo de *agentes electrónicos*, que englobaría los supuestos en que el uso de tales instrumentos de comunicación no genera una relación personal o directa con la otra parte. Además, se observa cierto automatismo en la emisión de la oferta, ya que se elabora mediante programas informáticos, lo que se limita su modulación, *v. gr.* número de productos, colores, etcétera<sup>1288</sup>.

Por consiguiente, la indagación que hemos emprendido nos ha conducido hasta la contratación electrónica, categoría que incluye acuerdos alcanzados por instrumentos electrónicos que permiten a las partes conformar su contenido mediante el intercambio de mensajes de datos<sup>1289</sup>. Ese cruce puede efectuarse de manera simultánea *-en línea-*, y, por tanto, sin que se aprecie una diferencia temporal entre la emisión y recepción *-o, en su caso, conocimiento-* de las declaraciones

---

<sup>1285</sup> La locución *mecánico*, según la reseña expuesta en segundo término, se refiere a una acción ejecutada por un mecanismo o máquina. Igualmente, también hace alusión a un aparato o resorte interior que da movimiento a un ingenio o artefacto.

<sup>1286</sup> ESTUPIÑÁN CÁCERES (op. cit., p. 1687) pone de relieve que la expresión *dispositivos automáticos* no se define en el Anexo de la LSSI, por lo que se ve abocada a acudir a las acepciones más acordes previstas por el Diccionario de la R.A.E. En opinión de la citada autora, el concepto en cuestión se equipara a los “mecanismos o artificios para producir una acción prevista, que funcionan en todo o en parte por sí solos”.

<sup>1287</sup> CUADRADO PÉREZ (“*Oferta, aceptación ...*”, cit., p. 340) señala que resulta evidente que el legislador debería haber incluido en el Anexo de Definiciones de la LSSI la concepción que estamos analizando. Por otro lado, el citado autor considera que dicha noción debe reconducirse a los aparatos electrónicos previamente programados, de forma que cuando reciba las propuestas contractuales, remita mecánicamente las respuestas. El dato diferencial descansa en la falta de actuación o interacción por el declarante.

<sup>1288</sup> MATEU DE ROS (“*Hay consentimiento ...*”, cit., pp. 146 y 147) asume que se puede dudar razonablemente de la presencia de una genuina declaración de voluntad en los contratos celebrados mediante *dispositivos automáticos*, ya que el vínculo obligacional surge de una conducta social típica o de una relación contractual fáctica, en la que no existe, en sentido estricto, ni aceptación en cuanto manifestación de la voluntad, ni un consentimiento consciente. A pesar de la magnitud del tema, pero debido a la relevancia que encierra, queremos dejar apuntado que este autor entiende que el tráfico en masa, característico de nuestra sociedad, y diametralmente opuesto al mundo abstracto e ideal del Código Civil, impone la protección de la buena fe y de la seguridad jurídica por encima, a veces, del respeto estricto al consentimiento declarado por las partes. Frente a la igualdad formal presumida por los codificadores, el ordenamiento jurídico debe reconocer el principio de protección del contratante “débil” –los consumidores- y la garantía de quienes, privados de la capacidad real de negociar, han de aceptar las condiciones generales establecidas por la otra parte. En conclusión, del consentimiento puro se transita a la adhesión, y de ésta al conocimiento o información como fundamento del contrato. Lo decisivo ya no es tanto prestar el consentimiento cuanto estar informado de la causa y del objeto del contrato.

<sup>1289</sup> ILLESCAS ORTIZ (“*Claroscuro ...*”, cit., p. 19) estima que la expresión *dispositivos automáticos* se conecta con autómatas y máquinas más o menos eléctricas, desde las de *vending* hasta el surtidor de gasolina en un autoservicio, y no debemos relacionarla con equipos electrónicos interoperados a distancia por el ser humano.

formuladas por las partes, o de forma que medie un lapso jurídicamente relevante. Algunos expertos señalan la afinidad entre los dispositivos de carácter mecánico que posibilitan las ventas automáticas y los primeros. No obstante la asimilación sugerida, también debemos ponderar el dato del alejamiento geográfico entre las partes, ya que el legislador ha ratificado su validez como criterio en orden, entre otras cuestiones, a la concreción del momento y lugar en que acontece la perfección contractual.

En esta línea, se ha alegado que el factor de la distancia diferencia los artefactos que posibilitan las ventas automáticas de los mecanismos electrónicos que establecen una comunicación inmediata, por cuanto la proximidad entre la máquina y el sujeto que la acciona es una nota definidora. En cambio, creemos que también se debe ponderar el hecho material de que los dos intervinientes están en dos lugares distintos. De hecho, el oferente no interviene físicamente en la operativa de la transacción, lo que acercaría ambos supuestos a la tradicional contratación *inter absentes*. Sin embargo, entendemos que la distancia no puede constituir un rasgo diferencial de la categoría en la que se puedan encuadrar las transacciones concluidas mediante artilugios automáticos y a través de dispositivos que entablen comunicaciones momentáneas<sup>1290</sup>. Por un lado, nos remitimos a las explicaciones que ofrecimos acerca de que la clave reside en el elemento temporal, y, por otro lado, la LOCM regula otro tipo de ventas especiales, que denomina *ventas a distancia*.

Ambas categorías sólo comparten la característica de que las partes no se reúnen presencialmente, y nuestra legislación no estima suficiente ese alejamiento para incardinarlas en la misma tipología, sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico confiere genuina trascendencia jurídica a la distancia física entre los futuros contratantes en otros supuestos. Esa relevancia se plasma en el establecimiento de garantías a favor del futuro contratante que ostente una posición más débil, a fin de preservar la integridad del consentimiento prestado. De esta manera, se establece un amplio catálogo de derechos a favor del consumidor, cuyos máximos exponentes se concretan en la información que se le ha de suministrar, con antelación y con

---

<sup>1290</sup> ALONSO UREBA y VIERA GONZÁLEZ (op. cit., pp. 282 y 283) exponen que se tiende a superponer la categoría de contratos a distancia con la tradicional de contratación entre ausentes, y que se duda sobre la identificación del contrato electrónico con los celebrados a distancia, dado que en Internet no hay distancia temporal, que es el dato decisivo, sino mero alejamiento físico. Los citados autores se oponen ya que el paralelismo latente entre los contratos concluidos entre personas ausentes y los celebrados a distancia es la separación geográfica. Sin embargo, ello no obsta para que respalden que la necesidad del régimen de la contratación *inter absentes* obedece al lapso temporal que puede transcurrir entre el asentimiento del destinatario de la oferta y el conocimiento de la misma por el proponente inicial, sin que tal circunstancia dependa exclusivamente de la rapidez del medio de comunicación empleado. La clave estriba, como bien señalan estos autores, en que mientras el conocimiento de la aceptación o la imposibilidad de desconocerla dependa de un acto humano, es escasamente relevante que la aceptación llegue con mayor o menor rapidez.

posterioridad al acuerdo celebrado, y en la posibilidad de desistir de dicho convenio dentro de un plazo<sup>1291</sup>.

En cualquier caso, debemos identificar específicamente los *agentes electrónicos* señalados, así como verificar su posible encaje en nuestro sistema jurídico, y, de nuevo, carecemos de respuestas, al igual que acontece con los *dispositivos automáticos*<sup>1292</sup>. En consecuencia, los autores han examinado diversos instrumentos electrónicos para valorar su encuadre en ese incierto concepto. Tal y como expusimos, consideramos que ese método no es correcto, dado que las herramientas técnicas se ven superadas por los incesantes adelantos tecnológicos, y caen en la obsolescencia. No obstante, se muestra útil para desentrañar la idiosincrasia de la nueva categoría contractual introducida por la LSSI. Parecen razonables las opiniones doctrinales que deducen una semejanza significativa entre los *dispositivos automáticos* y las *páginas web*. En ambos casos se puede observar cierto mecanicismo en la formulación de las dos declaraciones básicas para la génesis contractual, si bien en las segundas se aprecia en menor medida.

Sin perjuicio de esa nota común, a nuestro juicio, el nexos principal que aún a sendos mecanismos reside en el tipo de comunicación que posibilitan a los intervinientes. El contacto entablado se caracteriza por las notas de impersonal -la relación no es directa; inmediato -la oferta está disponible a través de los artificios indicados, y la aquiescencia será recibida, o conocida, prácticamente de forma instantánea a su emisión-; e interpuesta -la voluntad del oferente se exterioriza a través de un aparato integrante de su sistema de comunicación-. Por consiguiente, nos vemos abocados a rechazar la equivalencia de los *dispositivos automáticos* con la contratación electrónica en general, ya que en la segunda encuentran cabida instrumentos que proporcionan, en ocasiones, una comunicación simultánea entre los intervinientes, y, en otros casos, se produce un intervalo temporal apreciable

---

<sup>1291</sup> ALONSO UREBA y VIERA GONZÁLEZ (op. cit., p. 283) apunta acertadamente que la intervención del legislador en los contratos a distancia se justifica en la separación entre el consumidor y el objeto del contrato, y no en el alejamiento físico de las partes. En definitiva, se trata de evitar que el consumidor compruebe *a posteriori* que el producto no se ajusta a sus expectativas, debido a que no ha podido examinar antes de la perfección contractual.

<sup>1292</sup> A tales efectos, hemos de recurrir a dos normas elaboradas por la UNCITRAL, en la medida en que se reconoce generalizadamente su elevada calidad técnica y jurídica, y, por tanto, los conceptos y las expresiones recogidas en ambos textos pueden ayudarnos a desentrañar el significado de *dispositivos automáticos*. Nos referimos, por una parte, a la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996, y, por otra, a la Convención sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales de 2007. En este concreto aspecto, sólo la Convención indicada alude al específico aspecto que estamos examinando, debido a la fecha de su elaboración. De este modo, se incluye la definición de “sistema automatizado de mensajes”, en el sentido de “*Un programa informático o un medio electrónico o algún otro medio automatizado utilizado para iniciar una acción o para responder a operaciones o mensajes de datos, que actúe, total o parcialmente, sin que una persona física haya de intervenir o revisar la actuación cada vez que se inicie una acción o que el sistema genere una respuesta*” –art. 4, g)-. Asimismo, en el artículo 12 se reconoce la validez y la fuerza ejecutoria de un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, pese a la ausencia de intervención humana.

entre la emisión y el conocimiento de las manifestaciones de voluntad emitidas, *ad. ex. correo electrónico*<sup>1293</sup>.

En consecuencia, la característica que comparten todos los mecanismos examinados –máquinas automáticas, dispositivos automáticos e instrumentos electrónicos–, es que se encuadran en la clásica contratación entre ausentes, ya que las partes se hallan en lugares diferentes. Tal y como hemos afirmado con anterioridad, debe considerarse una variable insustancial a la hora de determinar la perfección contractual<sup>1294</sup>. Estimamos haber demostrado que el factor determinante es el temporal, y no la mera distancia física, y que el criterio diferencial estriba en el tipo de comunicación establecida, simultánea o interrumpida. Por consiguiente, a efectos de formular categorizaciones de índole general debemos descartar tanto el recurso a los instrumentos técnicos de comunicación como a la técnica en la que se apoyan. La conclusión final que hemos desarrollado anteriormente es que resulta más conveniente acudir a una regla sustentada sobre un hecho objetivo y fácilmente constatable, lo que se logra sencillamente mediante la teoría de la recepción<sup>1295</sup>.

#### **d. DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO**

El Consejo de Estado emitió un informe como requisito preceptivo para la elaboración de la LSSI, con el que compartimos ciertas premisas de partida, pero no las conclusiones que recoge, ni las decisiones adoptadas por el legislador en función del mismo. El citado órgano consultivo aceptó la sugerencia formulada por la Comisión General de Codificación, compartida por el Ministerio de Justicia, y propuso en su informe que el artículo 1.262, nº 2 del Código Civil, y el correspondiente en el Código de Comercio, contemplaran la redacción que, finalmente, se aprobó, y que permanece vigente en la actualidad. Sendos organismos se oponían al artículo 29 del Anteproyecto de fecha 11 de diciembre de 2001, en el que se abordaba la perfección de los contratos electrónicos, y la sujetaba

---

<sup>1293</sup> ALONSO UREBA y VIERA GONZÁLEZ (op. cit., p. 356) estiman que los contratos vía electrónica “*click-wrap*”, también denominados por estos autores “de adhesión *on-line*”, constituyen un supuesto de contratación entre presentes, ya que logran que la emisión de la declaración de conformidad y el conocimiento de la misma por parte del oferente sea prácticamente en tiempo real o que medie un lapso temporal absolutamente insignificante. Por consiguiente, entienden que se puede equiparar a la contratación entre presentes.

<sup>1294</sup> Por lo que se refiere al criterio señalada para la determinación del momento en que debe entenderse producida la culminación de esta tipología contractual, la doctrina se muestra dividida entre aquellos autores que entienden que la reforma operada por la LSSI estableció la teoría de la manifestación –RODRÍGUEZ MARÍN, C., “Oferta, aceptación y perfección en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos”, *VVAA Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006–, y aquellos que introducen una matización correctora de dicha tesis. En este sentido, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (op. cit., pp. 91 y 92) también considera que la perfección se produce en el momento en que se manifiesta la aceptación, pero dicha manifestación debe interpretarse como la exteriorización de tal conformidad, de acuerdo con el criterio de la emisión pura. En apoyo de su opinión, el citado autor alude a la automaticidad del consentimiento y a la ausencia de voluntad humana directa e inmediata en la emisión de dicho asentimiento.

<sup>1295</sup> Pese a que reiteradamente se arguye que el criterio más favorable a los intereses del consumidor y usuario, al que se identifica con el eventual aceptante en la generalidad de los casos, es el de la emisión. No deja de ser curioso que siempre se ha alegado que favorecía el tráfico mercantil, paradoja que ha puesto de relieve CLEMENTE MEORO (op. cit., p. 77).

a la teoría de la emisión<sup>1296</sup>. Con anterioridad, se elaboraron 18 borradores por distintos órganos, pero la cuestión de la perfección contractual aparecía prevista en un escaso número de tales proyectos<sup>1297</sup>.

Se barajaron tres opciones: la teoría de la emisión; la tesis de la recepción; y, finalmente, la proposición de la Comisión General de Codificación, apoyada por el Ministerio de Justicia. A pesar de la singularidad de esa última proposición, el Consejo de Estado asumió la redacción sugerida para los preceptos mencionados, en los términos que hemos analizado. La justificación que recoge el Dictamen del Consejo de Estado sobre el fundamento de tal modificación es doble, pero creemos que es insuficiente para una reforma de tanto calado. Se pretendía, por un lado, *eliminar diferencias no justificadas en la actualidad en cuanto al régimen jurídico de contratos civiles y mercantiles*, y, por otra parte, *solucionar del mismo modo los problemas que plantea la contratación entre ausentes en el ámbito del comercio electrónico*. Al parecer, la Comisión General de Codificación argumentó que los contratos electrónicos, civiles o mercantiles, no ostentan ninguna peculiaridad en torno a su perfección, y que se incardinan bajo el amplio manto de la contratación entre ausentes.

De acuerdo con las explicaciones y soluciones que hemos ofrecido en las páginas anteriores, hemos de mostrar nuestra disconformidad tanto con el tenor literal aconsejado por esa Comisión, como con su fundamentación. De este modo, reiteramos que no podemos calificar correcto un remedio cuya clave resida exclusivamente en la ponderación de la distancia física que media entre las partes, como finalmente propone la Comisión aludida para la contratación entre personas situadas en puntos espaciales diferentes. Tampoco creemos que la aprobación de una norma con un ámbito objetivo tan específico como el de la LSSI se erija en el momento y el lugar idóneos para albergar una modificación de dos preceptos inalterados desde su promulgación. Sin embargo, durante el curso de sus reflexiones, el Consejo de Estado admite que los artículos 1.262, nº 2 y 54, nº 1 contemplan la contratación *inter absentes* y señala que el rasgo definidor de dicha tipología es el lapso temporal existente entre la oferta y la aceptación.

Este punto de partida adoptado por el Consejo de Estado le condujo a afirmar que, pese a que la contratación electrónica se caracteriza por la separación espacial entre los futuros contratantes, había que distinguir dos grupos de casos en función

---

<sup>1296</sup> Artículo 29 del Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 11 de diciembre de 2001: “*En los contratos electrónicos, se entenderá prestado el consentimiento en el momento en que el destinatario de la oferta de contratación emite su aceptación*”.

<sup>1297</sup> Según el Dictamen del Consejo de Estado, se elaboraron 18 anteproyectos, los cuales examinó para la emisión de su informe, si bien la propuesta sobre la que debía expresar su opinión el Consejo de Estado era la presentada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Por consiguiente, el proyectado artículo 29 respondía al criterio de dicho departamento ministerial. Asimismo, se realizaron varias consultas al público, que provocaron intensos debates, de los que se hizo eco la prensa, pero ninguno de ellos afectó al tema de la perfección de los contratos.

de que la prestación del consentimiento se produjera o no de forma inmediata. A juicio de ese organismo, normalmente la contratación electrónica genera acuerdos en los que no transcurre un plazo jurídicamente relevante entre las declaraciones de voluntad. En concreto, alude a que, habitualmente, la aceptación se manifestará mediante el accionamiento de un *dispositivo automático* instalado en la página web de la que se servirá el oferente, mención que constituye el único origen constatable de la citada expresión. Asimismo, el Consejo de Estado apuntó la analogía entre los denominados *dispositivos automáticos de las páginas web* y las *ventas automáticas*, y, sin solución de continuidad, encuadra ambos tipos de transacciones en la inédita categoría de la *contratación automática*<sup>1298</sup>.

De acuerdo al Dictamen que examinamos, esta modalidad contractual se caracteriza por un único rasgo definidor, la inmediatez, y el Consejo de Estado estima que dicha nota justifica sobradamente la elección de la teoría de la emisión para determinar el momento de la perfección de ese tipo de convenciones por el proyectado artículo 29<sup>1299</sup>. En esta línea, el órgano consultivo mencionado argumenta que atentaría contra el principio general de la buena fe que se supeditara la conclusión contractual al efectivo conocimiento de la aquiescencia cuando el proponente –al que identifica con un empresario o profesional- decide organizar un sistema basado en un mecanismo automático<sup>1300</sup>. Además, insiste en que la propia utilización de *dispositivos automáticos* para el funcionamiento de la página web del ofertante veda la posibilidad de que éste pueda recurrir a la invocación de la *bona*

---

<sup>1298</sup> Un sector de la doctrina ha puesto de relieve que la aplicación del criterio de la emisión prevista para la novedosa contratación mediante dispositivos automáticos puede resultar perjudicial para los destinatarios de los servicios cuando las páginas web contengan una mera *invitatio ad offerendum*, y, por tanto, tales destinatarios se conviertan en oferentes. En consecuencia, se ha propuesto que la utilización de la teoría de la emisión se excluya en tales supuestos –CAVANILLAS MÚJICA, S., “La conclusión del contrato en internet”, *VVAA Responsabilidad civil y contratos en internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Directores CLEMENTE MEORO y CAVANILLAS MÚJICA, Comares, Granada, 2003, p. 195-.

<sup>1299</sup> El Consejo de Estado también considera que el proyectado artículo 29 consagraba la tesis de la emisión porque la finalidad última de dicha norma debía ser conferir mayor protección al destinatario de la oferta, en la medida en que lo equipara con el consumidor o usuario. No obstante, critica dicha postura por cuanto, acertadamente, el proponente no siempre coincidirá con el prestador de los servicios de la sociedad de la información, ni siquiera en el caso de la supuesta *contratación automática*. Además, en consonancia con explicaciones que hemos ofrecido anteriormente, apunta la facilidad de eludir esa tutela mediante la técnica de las *invitatio ad offerendum*, y la eventualidad de que la reforma propuesta puede llegar a ser perjudicial para el teórico aceptante.

<sup>1300</sup> Observamos una diferencia entre la redacción del proyectado artículo 29 y el criterio que, finalmente, se plasmó en los artículos 1.262, nº 3 y 54, nº 2, ya que el primero utiliza el verbo *emitir* y el segundo emplea *manifestar*. Aunque, a nuestro modo de ver, son términos sinónimos, obviamente la equivalencia más directa con la tesis de la declaración se detecta en el malogrado artículo 29. Esta puntualización se relaciona con la interpretación correctora que parte de la doctrina sugiere para minimizar la subjetividad que encierra la tesis de la emisión –defendida por PANIZA FULLANA, *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Comares, Granada, 2003, p. 256-, sin llegar a proponer el principio de la recepción, por cuanto supone un avance excesivo respecto de la máxima legal. Por consiguiente, esta tendencia requiere que el mensaje de datos abandone la órbita de influencia del destinatario de servicios y aceptante, lo que acontecerá cuando ingrese en un sistema de información que esté fuera de su control (GONZALEZ DE ALAIZA CARDONA, “Los contratos ...”, cit., p. 1972). Sin embargo, CAVANILLAS MÚJICA (op. cit., pp. 193 a 195) entiende que los artículos 1.262, nº 3 y 54, nº 2 contemplan la máxima de la recepción atenuada. Por su parte, GRIMALT SERVERA (op. cit., p. 381) opina que, debido a las peculiaridades de la contratación electrónica mediante *dispositivos automáticos*, los artículos 1.262, nº 3 y 54, nº 2, ya que si se elige la teoría de la emisión, ésta debería ser reforzada, pero si se opta por la tesis de la recepción, debería ser atenuada.

*fides* para justificar que alcanzó a tener noticia del asentimiento con posterioridad a la formulación del mismo.

Las consideraciones expuestas condujeron al Consejo de Estado a proponer *motu proprio* la incorporación del tercer párrafo del artículo 1.262 del Código de Derecho común, y su correlativo 54 del código mercantil, así como a la introducción de la incierta tipología contractual sustentada en el uso de dispositivos automáticos. En opinión de dicho organismo, la aplicación al comercio electrónico del nuevo criterio reviste mayor facilidad que el previsto para la contratación entre ausentes, lo que contribuye a promover la seguridad jurídica<sup>1301</sup>. En defensa de este novedoso axioma, el citado órgano enumera una serie de objeciones contra el recurso a la mera distancia física entre las partes, y destaca la relevancia del elemento temporal entre la oferta y la aceptación. Sin embargo, la máxima que presenta se circunscribe a la utilización de un medio técnico específico, y asume el criterio propuesto por la Comisión General de Codificación para la contratación entre ausentes, que se apoya en la separación geográfica entre los intervinientes.

Además de la inconsistencia señalada, la denominación que sugiere para la categoría contractual que nos ocupa no sólo es novedosa, sino que comprende cuestiones técnicas, y no ofrece ninguna acepción sobre la misma. Igualmente, podemos colegir que utilizó términos genéricos para dotar de amplitud al citado concepto, pero el resultado logrado es la indefinición de los supuestos que acoge. A nuestro modo de ver, las puntualizaciones reseñadas revisten la entidad suficiente para rebatir la elección seguida por el legislador en cuanto a la creación de una nueva tipología contractual para marcar la diferencia con relación a la fijación del instante de su culminación. También observamos ciertas contradicciones en las explicaciones facilitadas por el Consejo de Estado con relación a la modificación que apoya respecto de la clásica contratación *inter absentes*. Dicho órgano consultivo entiende que algunas modalidades de la contratación electrónica se integran en la tipología tradicional señalada, dado que se materializan a través de medios no automáticos -*ad.ex.* correo electrónico-.

En consecuencia, se produce un intervalo temporal apreciable entre la emisión y la recepción -o, en su caso, el conocimiento-, de las declaraciones de voluntad formuladas por los intervinientes. Debido a esta circunstancia, entiende que no puede invocarse el mismo criterio que en el caso de la *contratación automática*. Además, expone sucintamente las dificultades que surgen en la *contratación no automática* para establecer exactamente el momento en que se debe entender lograda

---

<sup>1301</sup> Dictamen del Consejo de Estado, p. 74.



la conclusión de tales acuerdos en función de las teorías de la emisión<sup>1302</sup> y de la expedición<sup>1303</sup>. A pesar de esos inconvenientes, las argumentaciones del Consejo de Estado tienden a aseverar la oportunidad de la teoría de la emisión para todos los contratos celebrados por vías electrónicas, ya sean automáticas e inmediatas, ya se definan por las cualidades contrarias. Por consiguiente, tales razonamientos aparentaban dirigirse a ratificar la solución acogida en el proyecto del artículo 29<sup>1304</sup>.

No obstante, el Consejo de Estado opta por reconocer la distinción entre los instrumentos electrónicos que posibilitan una comunicación instantánea y aquellos que no facilitan ese tipo de conexión. La diferenciación planteada, previa alusión al carácter recepticio de la aquiescencia del eventual aceptante, conduce a que se decante por confirmar la propuesta de la Comisión General de Codificación del criterio de la cognición atenuada para concretar la perfección contractual de las convenciones alcanzadas a través del segundo tipo de medios<sup>1305</sup>. Sin perjuicio de las discordancias detectadas entre las explicaciones ofrecidas y las conclusiones alcanzadas, el detenido análisis del Dictamen que nos ocupa ha propiciado que valoremos un nuevo dato para complementar la solución que proponemos. En consonancia con un importante sector doctrinal, hemos ponderado que la distinción en cuanto al instante en que se deben entender concluidos los contratos debía descansar en el elemento temporal.

Por consiguiente, hemos defendido que debía atenderse al tipo de comunicación generada entre los intervinientes durante el proceso de la formación del contrato, es decir, si era de naturaleza instantánea o se producía de forma interrumpida. Sin embargo, estimamos que sería conveniente valorar igualmente si la relación entablada entre las partes es o no directa y personal, de forma que en

---

<sup>1302</sup> El Consejo de Estado en su Dictamen –p. 71- indica someramente que puede conllevar serios inconvenientes la concreción del instante en que se expide dicha declaración, pero considera que siempre será más fácil que la comprobación a realizar según la teoría de la recepción.

<sup>1303</sup> El Consejo de Estado apunta los inconvenientes que, desde el plano probatorio, supondría demostrar el momento en que se produce efectivamente la recepción de la aceptación, y la eventualidad de que el oferente pudiera modificar en su beneficio las huellas informáticas acreditativas de la fecha de entrada de la respuesta del destinatario en su servidor – Dictamen, p. 71-. A tales efectos, el citado órgano consultivo se sirve del artículo 15 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, ya que concreta el momento en que se un mensaje de datos se debe entender por expedido y por recibido. A nuestro modo de ver, el problema radica, como en el ámbito no electrónico, en que la demostración del hecho de la recepción queda al arbitrio del oferente, porque depende del acceso a sus sistemas informáticos.

<sup>1304</sup> Los razonamientos que el Consejo de Estado enumera proceden del informe del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 3 de octubre de 2001, y, entre ellos, destaca que se estime que la mayor parte de la contratación que se realice por Internet será de tipo mercantil, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Código de Comercio. Además de partir de la consideración de los contratos de consumo como contratos mercantiles, también presume que el teórico aceptante será siempre el consumidor y usuario, y, por tanto, pondera que la teoría de la emisión es más beneficiosa para sus intereses, “[...] puesto que el consumidor puede estar seguro de la celebración del contrato desde que remite su aceptación al oferente, pudiendo despreocuparse de posibles fallos en la conexión que retrasen la recepción de su comunicación y cerrando el paso a posibles maniobras fraudulentas del oferente para alterar los registros de entrada de dicho mensaje en su servidor”.

<sup>1305</sup> Otro argumento que esgrime el Consejo de Estado para respaldar la suavización de la tesis de la cognición es su adecuación a la fórmula acogida por el artículo 11 de la Directiva sobre Comercio Electrónico, que entiende “[...] que se ha recibido el pedido cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso al mismo. En consecuencia, desde que quede almacenado el mensaje de correo electrónico a disposición del oferente en el servidor en el que se encuentra dada de alta la cuenta podría entenderse recibido el pedido y perfeccionado el consentimiento”.

caso afirmativo, si reúne la nota de inmediatez, no sería necesaria regla alguna, lo que sólo cabe apreciar en la contratación presencial, por teléfono o por videoconferencia<sup>1306</sup>. En cambio, si se interpone una herramienta tecnológica entre las partes, y, por tanto, la comunicación establecida no es personal, pero sí puede calificarse instantánea –v. gr. página web–, entendemos que la teoría de la emisión se configura la respuesta adecuada, y, en su defecto, la expedición. Por último, en caso de entablar una conexión indirecta y discontinúa –ad. ex. correo electrónico–, parece más apropiada la tesis de la recepción.

## **5. PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

### **a. NUEVO PLANTEAMIENTO**

La Propuesta de Modernización del Código Civil sólo menciona el término *perfección* en cinco de las normas proyectadas, y cuatro de ellas se encuadran en el Título II, dedicado a los contratos<sup>1307</sup>. Sólo dos de estas últimas se ocupan de la institución de la perfección contractual, mientras que las otras dos aluden a dicha figura a fin de señalar que la conclusión del contrato se entenderá producida pese a que sucedan ciertas contingencias. Una de ellas prevé que no imposibilitará la culminación del contrato la posposición de la concreción de ciertos extremos para negociaciones ulteriores, pero se exige taxativamente que logren un acuerdo sobre sus elementos esenciales –art. 1.242, n° 1–<sup>1308</sup>. En la misma dirección, se indica que tampoco será un obstáculo para la plenitud de tal génesis la coyuntura de que las partes no hayan fijado ni el precio ni el modo para su determinación, pese a su tradicional valoración como requisito inexcusable, y siempre que sea irrefutable la voluntad de los intervinientes de estimar concluido el convenio<sup>1309</sup>.

---

<sup>1306</sup> BERROCAL LANZAROT (op. cit., p. 51) opina que, junto al teléfono, la videoconferencia como vía de conexión de naturaleza oral y los sistemas de transmisión instantánea de carácter escrito entre sujetos interconectados a una red –ad. ex. *talks* y *chats* informáticos o de mensajería– son medios de comunicación que sirven para perfeccionar contratos inmediatamente. En el mismo sentido, GONZÁLEZ GOZALO, “La formación tras la Ley de servicios ...”, cit., p. 109.

<sup>1307</sup> La referencia contenida en el artículo 1.227, situado fuera del ámbito del estudio de los contratos, es meramente accidental, por lo que no afecta a los objetivos que perseguimos en el presente apartado.

<sup>1308</sup> Aludimos previamente a dicho precepto al hilo de contrastar las características de la oferta de acuerdo con las previsiones de la Propuesta de Modernización del Código Civil, en comparación con los instrumentos internacionales en que se inspira –sólo reconoce esta posibilidad el artículo 2.1.14 de los Principios Unidroit, así como con los requerimientos acordes con las tendencias doctrinales y jurisprudenciales imperantes, y su relación con los *open contracts* que se reconocen en los ordenamientos anglosajones. En este sentido, PARRA LUCÁN (“La formación del contrato como proceso”, VVAA *Negociación y perfección de los contratos*, Directora PARRA LUCÁN, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 91) estima que este supuesto se recoge también en los artículos 2:103 de los PECL, II.- 4:103 del DCFR, 30, n° 1, c) de la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea y la sección 2-204 (3) del U.C.C. Asimismo, la citada autora considera que los textos citados asumen la corriente jurisprudencial y doctrinal que, desde una perspectiva que podemos calificar como más moderna, considera que, aunque las partes hayan dejado términos abiertos, no se impide la perfección contractual, siempre que esa fuera la intención de las partes. La intención es, por tanto, el requisito inexcusable para la existencia plena del contrato. Por lo que concierne a la otra exigencia requerida según la concepción del contrato que proclaman los instrumentos mencionados, así como otros que hemos ido indicando a lo largo de nuestra investigación, la suficiencia del acuerdo se configura de forma menos rigurosa, puesto que se prevén mecanismos para integrar el contenido del convenio resultante.

<sup>1309</sup> Además, se requiere igualmente que pueda precisarse dicha contraprestación mediante cualquiera de las opciones que contempla a tal efecto, a las que destinamos un completo análisis en el capítulo dirigido al estudio de la oferta, por lo que

Por último, se permite que una de las partes supedite la celebración del contrato al hecho de que el asentimiento final comprenda determinadas estipulaciones o a la suscripción de un documento –art. 1.242, n° 2-. Por consiguiente, los proyectos de ambos preceptos nos auxiliarán en la verificación de la obtención del consentimiento de las partes, a pesar de que no se delimiten ciertos términos contractuales. En consecuencia, se relacionan con el contenido sobre el que debe recaer la voluntad contractual común, y con la configuración de uno de los requisitos que se han considerado fundamentales para el nacimiento de un contrato. En síntesis, los artículos propuestos perfilan cómo se alcanza el consentimiento inexcusable para establecer una vinculación jurídica, el cual, conforme a la interpretación conjunta de los vigentes artículos 1.261, n° 1 y 1.262, n° 1, se estima que es el componente primordial para entender perfeccionados los contratos. Sin embargo, tal y como avanzamos anteriormente, la Propuesta de Modernización no contiene normas similares.

Asimismo, también debemos señalar la evidente conexión de las dos normas propuestas con uno de los dos artículos que contemplan específicamente la perfección contractual, en concreto, con el proyecto del artículo 1.239, al que ya hemos aludido en páginas anteriores, lo que nos permite entrar de lleno en el análisis de dicha institución. El mencionado precepto constituye la base sobre la que se asienta, a nuestro modo de ver, nuestro sistema contractual. En este sentido, consagra el consensualismo, en cuya virtud los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y sin necesidad de sujetarse a forma alguna, salvo que las partes acuerden o la ley exija que se exterioricen de una manera determinada<sup>1310</sup>. Además, también hay que destacar que la norma proyectada aclara explícitamente que las declaraciones de voluntad se pueden materializar expresamente –mediante declaraciones verbales, escritas o gestuales-, o a través de la realización de actos concluyentes<sup>1311</sup>.

---

nos remitimos a tales explicaciones –art. 1.277-. No obstante, debemos reiterar la conclusión final que alcanzamos después del análisis de las novedades contempladas en el citado precepto, y que consiste en la exclusión del precio como elemento necesario de los contratos onerosos.

<sup>1310</sup> Sin embargo, tal y como hemos señalado con anterioridad, se observa un claro repunte de las exigencias formales en la contratación con consumidores, como mecanismo de protección de este colectivo, y, en concreto, a fin de preservar la integridad de su consentimiento –*ad. ex.* contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil-. Cfr. ARROYO I AMAYUELAS, “Qué es «forma» en el derecho contractual comunitario de consumo?”, *ADC*, V. 61, F. 2, 2008, pp. 519 a 542, y HERAS HERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. M., “La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo”, *RDP*, núm. 5-6, 2005, pp. 27 a 50.

<sup>1311</sup> Con anterioridad, pusimos de relieve el acierto del proyectado artículo 1.239. En este punto, hemos de poner de manifiesto la opinión de DE ÁNGEL YÁGÜEZ (“*La autonomía ...*”, cit., pp. 22 a 24 y 146 a 148), quien acertadamente percibe que los códigos más recientes, así como los proyectos de codificación surgidos desde finales del siglo veinte, tanto los oficiales como los académicos, ya sean nacionales o supranacionales, comparten la particularidad de conferir a las conductas el significado de declaración de voluntad, pero con carácter general. Por tanto, no constriñen la trascendencia de los actos a un “concreto episodio” dentro del marco de la generación del contrato, ni al desarrollo de un determinado acto jurídico, contrato o negocio, que es la tendencia tradicional. De este modo, la prestación del consentimiento adquiere una

Parece evidente la conexión del citado precepto de la Propuesta de Modernización con los vigentes artículos 1.254 y 1.258, aunque, con relación al segundo, sólo podemos detectar esa equiparación respecto al reconocimiento del principio consensulista<sup>1312</sup>. El resto de las previsiones son comparables a las que se contienen en el actual artículo 1.278, que consagra la obligatoriedad de los contratos con independencia de la forma en la que se plasmen, pero supeditada al inexcusable cumplimiento de las condiciones esenciales para su validez<sup>1313</sup>. La otra norma proyectada que afronta la perfección contractual es el artículo 1.255, que no admite comparación con los artículos presentes en el vigente Código Civil, por cuanto condensa el nuevo planteamiento que adopta la Propuesta de Modernización. La finalidad de dicha norma consiste en precisar el momento en que se debe entender concluida la construcción del contrato, y acude a criterios distintos de los contemplados en las dos versiones anteriores del artículo 1.262.

De esta forma, el artículo 1.255 propuesto no concreta dicho instante en función de que las partes estén presentes o, por el contrario, de que se hallen alejadas geográficamente, ni de que la contratación se realice mediante *dispositivos automáticos*. La opción seguida por los redactores de la Propuesta de Modernización consiste en supeditar el punto temporal en el que se puede entender lograda la perfección contractual al instante en que se perfecciona la aquiescencia del destinatario de la oferta, en la medida en que, obviamente, coinciden en el tiempo. Asimismo, el proyecto de artículo que examinamos no enumera las diferentes coyunturas en las que el asentimiento del receptor de la proposición inicial adquiere plena efectividad, sino que se remite a los preceptos propuestos con anterioridad. En especial, debemos recurrir al artículo 1.250 de la Propuesta de Modernización, dado que incorpora dos situaciones en las que la aquiescencia surte efecto y una previsión de la que puede inferirse una tercera hipótesis<sup>1314</sup>.

---

importancia mucho mayor que la que el Derecho positivo le reconoce. Asimismo, el autor alude a una peculiaridad del relieve que se le atribuye a los comportamientos en las recientes formulaciones «prenormativas», y que es la presencia de lo que dicho experto denomina *conductas hipotéticamente exigibles*. Se trata de actos que constituyen el presupuesto de las normas, y que, como si fueran “cargas”, expresan la diligencia y el cuidado que las partes deben mostrar en las relaciones que mantengan. Normalmente, se refieren a lo que uno de los intervinientes conoció o debió haber conocido, de forma que se rechazará valor a las alegaciones de aquél en el sentido de que no supo o no estuvo en condiciones de no haber sabido.

<sup>1312</sup> La Propuesta de Modernización del Código Civil no desecha las demás previsiones contenidas en la actual redacción del artículo 1.258, referidas a los efectos obligatorios que se derivan de la celebración de los contratos, y a las tres posibles fuentes de integración de los mismos -la buena fe, los usos y la ley-, sino que las traslada hacia el proyectado artículo 1.243, que las reproduce exactamente.

<sup>1313</sup> De hecho, a continuación del proyectado artículo 1.239, se incorpora el artículo 1240, que sustituye a los actuales artículos 1.279 y 1.280, si bien no contempla todas las previsiones que recogen estos dos últimos preceptos.

<sup>1314</sup> MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS (op. cit., pp. 625 y 626) entiende que la Propuesta de Modernización determina con imprecisión el momento de la perfección del contrato, por cuanto emplea diversos preceptos con dicho objetivo, mientras que la actual redacción del Código Civil se configura de forma más clara. Asimismo, dice que se separa del régimen legal vigente y se incardina en la tendencia que asumen los textos de ámbito europeo en que se inspira.

Una vez sentadas todas las premisas anteriores, el marco en el que se desenvuelve la perfección contractual en la Propuesta de Modernización del Código Civil parte de la consagración del principio consensualista, de forma que el único requerimiento necesario para que un contrato se pueda entender concluido es el consentimiento de los intervinientes<sup>1315</sup>. En segundo lugar, el momento en el que se entiende prestado el consentimiento, o celebrado un contrato, se identifica con el instante en el que se perfecciona la aceptación, lo cual nos sitúa ante las diferentes formas mediante las que se puede exteriorizar la aquiescencia del destinatario de la oferta. A tales efectos, nos encontramos con tres manifestaciones concretas, y los correspondientes instantes en que se dicha respuesta adquiere total plenitud de efectos. En primer lugar, se establece el criterio de la recepción como canon general, que, en principio, podemos reconducir a las declaraciones escritas, por cuanto son las únicas que, en puridad, pueden llegar hasta el oferente.

Asimismo, se elevan las ofertas verbales a categoría independiente, y se establece que se perfeccionan en el acto, sin concretar un momento exacto al producirse una total inmediación entre la emisión y el conocimiento de las respectivas declaraciones. Por último, en cuanto a los actos a través de los que se puede materializar el asentimiento, sólo se prevé explícitamente el inicio de la ejecución de la prestación que le incumbe al eventual aceptante, pero se condiciona a que dicha contingencia se permita en la oferta, la observen los usos negociales o constituya una costumbre entre las partes. En tales hipótesis, se configura como una expresión de la voluntad que no reviste carácter recepticio, por lo que su perfección se anticipa hasta el instante en que comienza la actuación del destinatario<sup>1316</sup>. En síntesis, el contraste efectuado arroja que la postura de la Propuesta de Modernización del Código Civil difiere significativamente de la posición del vigente Código Civil.

A pesar de que ambos parten del consensualismo como la única exigencia absolutamente imprescindible para la conclusión de los contratos, sin embargo, la

---

<sup>1315</sup> Sin embargo, debemos volver a mencionar el artículo 1.237 de dicha Propuesta, con relación al objeto de los contratos, por cuanto establece que las obligaciones recogidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas, y el artículo 1.238, en cuanto a la causa, ya que se presume que existe y que es lícita salvo prueba en contrario, y que son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral. Desde una perspectiva crítica, DURÁN RIVACOBA, R. (“Apunte sobre la Propuesta de Reforma del Derecho de obligaciones y contratos”, *Libro homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 248) señala que parece que, debido al cambio operado con relación a la causa, sólo mantienen su transcendencia el consentimiento y el objeto.

<sup>1316</sup> PARRA LUCÁN (“*La formación ...*”, cit., p. 94) señala que la Propuesta de Modernización del Código Civil –art. 1.255– sigue la postura de la Convención de Viena de 1980 –art. 23–, y que las reglas que contemplan son, formalmente, claras. En este sentido, apunta que las soluciones que se obtienen padecen cierta rigidez, debido al automatismo de las máximas establecidas. Asimismo, señala que dicha coyuntura contrasta con el Derecho francés, que no prevé ningún criterio en orden a la concreción del momento de la culminación del *iter* formativo, y conlleva un alto grado de discrecionalidad judicial. Igualmente, la citada autora también observa que los principios contenidos en el vigente artículo 1.262 ofrecen mayor flexibilidad, en la medida en que la buena fe respaldará la perfección contractual frente a la negación de la prestación del consentimiento a tal efecto por cualquiera de las partes.

fuerza de dicho aserto se mitiga en el actual Código Civil<sup>1317</sup>. Además, se sirven de criterios diametralmente opuestos para fijar el momento exacto en que se alcanza dicha culminación. De este modo, el proyecto de reforma parcial del Código Civil se desliga de la tradicional clasificación basada en el alejamiento geográfico de los futuros contratantes, así como de la categorización que gravita en torno a la utilización de un instrumento técnico *-dispositivos automáticos-*. La Propuesta de Modernización la sustituye por una sistematización que se centra en la forma a través de la que se exteriorizan las declaraciones que, habitualmente, confluyen en la génesis del contrato, de modo que distingue entre la oferta verbal y las proposiciones realizadas por otros medios de expresión de la voluntad<sup>1318</sup>.

El primer tipo aludido abarcaría no sólo las hipótesis en las que la propuesta inicial se formula entre sujetos presentes, sino también la que se exterioriza por medio de cauces que permiten establecer una comunicación instantánea e ininterrumpida. Por consiguiente, resulta inevitable que sean diferentes los criterios que manejan ambos textos para precisar exactamente el momento en el que se concluyen los contratos. En resumen, el Código Civil vigente sanciona como pauta general el criterio de la cognición cuando el contrato se celebra *inter absentes*, y lo complementa con el de la recepción. De esta forma, la regla principal es la necesidad del conocimiento de la aceptación por su destinatario, pero si éste resulta imposible por causas imputables al oferente, la perfección del contrato se produce en el momento en que éste pudo conocer la aceptación. Por consiguiente, se establece un canon subsidiario de cognoscibilidad, ya que se equipara conocimiento real a posibilidad de conocer en aras de evitar posibles abusos por parte del proponente<sup>1319</sup>.

---

<sup>1317</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (“De las obligaciones y de los contratos”, AC, T. II, 2009, p. 2120) señala que se aprecia un considerable esfuerzo en la Propuesta de Modernización del Código Civil por adaptar el *iter* contractual a la intensidad del tráfico comercial, donde las reglas de la buena fe y el respeto a la confianza generada deben prevalecer sobre los obstáculos derivados de una concepción rigurosa de los elementos necesarios del contrato. En la misma dirección, DÍEZ-PICAZO, “La Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, abril 2011, pp. 4 y 5, y “Reforma de los Códigos y Derecho Europeo”, ponencia impartida en las *Jornadas sobre la Reforma de los Códigos Civiles en un contexto de aproximación europea*, Universidad de Gerona, septiembre 2002.

<sup>1318</sup> Este planteamiento no sólo estaba presente en los antecesores de la Propuesta de Modernización con antelación a la reforma acometida por medio de la LSSI en 2002, sino que la doctrina también lo había expuesto y defendido con claridad y con anterioridad. En este sentido, LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., p. 1098 –Ramón Areces–) señala, acertadamente, que el hecho a tener en cuenta estriba en si las partes mantienen una comunicación inmediata o no en el instante en que concurren sus manifestaciones de voluntad. En la misma línea, GALLART CASES (op. cit., p. 290) ya expuso que la clave para definir la contratación entre ausentes no radica en la separación o distancia física existente entre las partes, sino en la posibilidad de que entablen comunicación oral. Este último autor recoge en su obra el estado de opinión de la mayor parte de la doctrina ante el criterio legal, con el detalle de las críticas formuladas, y el rechazo ante los injustos resultados que propiciaba la interpretación estricta del mismo –op. cit., pp. 292 y ss.–.

<sup>1319</sup> CARRASCO PERERA (op. cit., p. 221) dice que la buena fe que se ha introducido con ocasión de la reforma articulada por la Disposición Adicional Cuarta de la LSSI puede conllevar que el contrato exista desde que se emite la aceptación, aun sin haberse recibido por el oferente, si éste la conoce o si obstaculizó la llegada de la misma. En cambio, la buena fe operaría en sentido contrario cuando, pese a que el oferente haya recibido la conformidad, la forma de emisión o de envío no responde a las prácticas existentes entre las partes, o de lo que resulte razonable esperar.

En cuanto a los acuerdos contractuales concluidos mediante dispositivos automáticos, la emisión del asentimiento por el destinatario de la oferta es el instante que marca la culminación del convenio<sup>1320</sup>. Por el contrario, la Propuesta de Modernización apuesta por el criterio de la recepción directamente, aunque señala dos puntualizaciones a esa regla general<sup>1321</sup>. La primera matización se traduce en la máxima que exige que las propuestas orales deben ser aceptadas inmediatamente, es decir, sin solución de continuidad desde la formulación de la proposición inicial, salvo que la oferta o las circunstancias conduzcan a distinta consideración. En consecuencia, no es necesario precisar el momento de perfección de la convención resultante, y, por tanto, no hemos de recurrir a ninguna de las cuatro clásicas teorías sobre esta materia. La otra puntualización concierne a la conformidad exteriorizada mediante la conducta seguida por el destinatario, y, aunque se dirige a caracterizar un supuesto específico, nos permite extraer la regla general *sensu contrario*.

Las manifestaciones de voluntad materializadas mediante la conducta de los intervinientes se configuran como declaraciones recepticias, y, por tanto, sujetas a la teoría de la recepción, salvo que la oferta, las partes o los usos admitan que el inicio del cumplimiento por parte del hipotético aceptante constituya la declaración de conformidad. En tal caso, dado que esa contestación no requiere ser recibida, ni conocida, el contrato se concluirá de acuerdo a la teoría de la emisión<sup>1322</sup>. Con relación a la contratación entre presentes, ninguna de las dos versiones del Código Civil contempla explícitamente dicho supuesto a efectos de la perfección contractual. Tal y como hemos expuesto, la mayor parte de la doctrina señala que no resulta necesaria ninguna previsión específica ya que la concurrencia simultánea

---

<sup>1320</sup> PERALES VISCASILLAS (“*Sobre la perfección ...*”, cit., pp. 79 y 80) considera que la inmediatez no afecta a la perfección del contrato, por lo que no era necesario prever una máxima especial para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos. Frente al argumento sostenido por el Consejo de Estado en el Dictamen elaborado durante la tramitación parlamentaria de la LSSI para justificar un axioma específico en tales casos, consistente en que sería excesivo supeditar la perfección contractual al conocimiento de la aquiescencia por el oferente, la citada autora plantea la posible suficiencia de la teoría de la recepción. No obstante, valora correcto el criterio de la declaración o emisión en el supuesto de las ventas automáticas contempladas en la LOCM, dado que requieren el previo pago por el aceptante, lo que supone la realización de un acto de cumplimiento *ex* artículo 18 (3) de la Convención de Viena de 1980.

<sup>1321</sup> FERRÁNDIZ GABRIEL, “*La formación ...*”, cit., p. 13.

<sup>1322</sup> MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS (op. cit., pp. 626 y 627) explica que la Propuesta de Modernización adopta el criterio de la recepción cuando el asentimiento se realiza mediante una declaración de voluntad, y la máxima de la emisión o expedición si se efectúa a través de actos concluyentes del contenido del contrato. Además, en el primer caso, el artículo 1.257 se ocupa de precisar que una comunicación se recibe por su destinatario cuando llega al lugar que haya designado, a su establecimiento o a su domicilio. El citado autor señala que la Propuesta de Modernización se separa del régimen legal actual y asume las pautas establecidas por los instrumentos internacionales en que se apoya. No obstante, a juicio de este experto, los precursores de la Propuesta de Modernización acogen otro supuesto que no contempla esta última. En concreto, se refiere a un supuesto de aceptación tácita o por actos concluyentes que no se lleva a cabo mediante la ejecución del contrato, como, por ejemplo, cuando se le ofrece al destinatario de la oferta la alternativa de mostrar su conformidad mediante el silencio, de forma que, si no contesta en el plazo fijado, se considera que acepta. En este tipo de supuestos, al no haber comenzado la ejecución del contrato, no se justifica la celeridad ínsita a la teoría de la emisión, y, a causa de los recelos que genera la falta de una manifestación expresa, se establece la necesidad de que el proponente conozca la aquiescencia, y no sólo que la reciba.

de las partes, presencial o a través de instrumentos técnicos posibiliten una comunicación análoga, elimina cualquier intervalo temporal entre la emisión y el conocimiento de la oferta y de la aceptación.

En todo caso, señalan que se puede entender reflejada en la propia definición del consentimiento que recoge. Por el contrario, la Propuesta de Modernización no elude este importante aspecto, y, desde una perspectiva diferente, distingue entre ofertas verbales, que conducen a los contratos celebrados entre personas reunidas en el mismo lugar o conectadas de modo similar, y las que se efectúan por otras vías, aunque tampoco alude a una teoría concreta para determinar el momento de perfección de las primeras. De acuerdo con las opiniones que hemos manifestado anteriormente, nos mostramos más cercanos a la postura adoptada por la Propuesta de Modernización del Código Civil. En síntesis, refleja las consideraciones más relevantes que hemos apuntado en las páginas que nos preceden, y, en especial, el abandono de clasificaciones sustentadas en la mera distancia física y en medios de comunicación concretos, así como aboga por una de las dos teorías intermedias que creemos que logra una mejor ponderación de los intereses en juego<sup>1323</sup>.

Además, la citada Propuesta exhibe una postura más consecuente con los principios que preconiza. De este modo, proclama el consensualismo como el único pilar imprescindible para la perfección contractual, y, aunque contiene previsiones que restringen en cierta medida la amplitud de tal aseveración, también contempla disposiciones que confieren a las partes mayor libertad para la conclusión de la génesis contractual. En cambio, el vigente Código Civil también consagra el axioma señalado, pero los preceptos ulteriores desmienten que constituya el fundamento de la teoría general del contrato. La coordinación de los artículos 1.254, 1.258 y 1.261 frustra dicha expectativa, ya que, junto al consentimiento de las partes, reclaman la concurrencia de un objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca. De acuerdo con explicaciones anteriores, el citado cuerpo legislativo requiere el cumplimiento de rígidas exigencias, lo que, inevitablemente, coarta la libertad contractual de las partes<sup>1324</sup>.

---

<sup>1323</sup> Por lo que se refiere al silencio, tanto la Propuesta de Modernización como sus antecesores, contemplan la posibilidad que se configure como una declaración de conformidad a una iniciativa contractual, pero no determinan las condiciones que debe reunir a tales efectos, ni el momento de perfección. En cuanto a esta última cuestión, PARRA LUCÁN (*“La formación ...”*, cit., p. 95) apunta la existencia de diversas alternativas para la fijación de dicho instante, y la dificultad para elegir, debido a el fundamento para imputar una declaración al silente estriba en la buena fe y la confianza generada a la otra parte. Por consiguiente, no puede establecerse una regla unívoca, sino que dependerá de las exigencias derivadas de la buena fe en cada caso.

<sup>1324</sup> FERRÁNDIZ GABRIEL (*“La formación ...”*, cit., p. 5) constata que la Propuesta de Modernización no contiene ningún proyecto de artículo que contemple un listado de los requisitos esenciales del contrato, similar al del artículo 1.261 del vigente Código Civil. Asimismo, observa que tampoco contiene una regulación expresa del objeto, por lo que se aleja del sistema seguido por dicho Código de Derecho común, si bien la licitud del objeto se deriva del proyectado artículo 1.237, nº 1 de la citada Propuesta, y la determinación o determinabilidad tal exigencia deriva del artículo 1.237, nº 2. En cuanto a la causa, le parece correcto que la Propuesta de Modernización respete nuestra tradición causal.



Sin perjuicio de los reparos apuntados con relación a ciertos cambios auspiciados por la Propuesta de Modernización, hemos de reconocer que, frente a la visión del Código Civil, se inspira en un mayor respeto a las decisiones de los futuros contratantes. Por tanto, creemos que la regulación contenida en ese proyecto de reforma se apoya en los principios adecuados para regir la fase de formación contractual, y construye esa etapa de forma coherente con los mismos<sup>1325</sup>. Asimismo, acoge los criterios apropiados para respaldar el equilibrio contractual, y, además, se encuentran en consonancia con las tendencias actuales y europeas del Derecho contractual. Por tanto, a nuestro modo de ver, no parece lógico que la Comisión General de Codificación propusiera, junto al Ministerio de Justicia, la modificación de los artículos 1.262 y 54 en los términos comentados, y, escasos años después, transformara la perspectiva anterior en la Propuesta de Modernización, si bien acertadamente.

## **b. ORÍGENES: PRECURSORES Y OTRAS POSTURAS**

Por lo que se refiere al proyecto del artículo 1.255 de la Propuesta de Modernización del Código Civil, el único antecedente del mismo es el artículo 23 de la Convención de Viena de 1980, lo que se evidencia de manera patente porque la redacción de ambos es prácticamente idéntica. Algunos comentaristas destacan que esa norma no era indispensable en el texto vienés<sup>1326</sup>, por cuanto se limita a recoger un compendio de los preceptos anteriores, en los que se contempla el momento en que adquiere efectividad la conformidad en función del modo de exteriorización del asentimiento del destinatario de la propuesta contractual<sup>1327</sup>. No obstante, la opinión generalizada coincide en señalar que la invocación de dicha norma podía resultar conveniente ante las alusiones al momento de la perfección

---

<sup>1325</sup> Hemos de poner de relieve que el borrador de la Propuesta de Código Civil elaborado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, si bien está pendiente de discusiones y debates antes de alcanzar la versión definitiva que se presentará al Ministro de Justicia, se separa abiertamente de la posición adoptada por el Código Civil vigente y se aproxima claramente a la postura de la Propuesta de Modernización del Código Civil, así como de los textos de Derecho uniforme en que se ambas se inspiran. En torno al momento de la perfección contractual, la redacción es diferente, pero, a nuestro modo de ver, subyace la misma filosofía. En este sentido, la Propuesta de Modernización vincula la conclusión del contrato a las diversas formas en las que se exterioriza el asentimiento del destinatario de la proposición inicial, y consagra la teoría de la recepción, si bien distingue algunos supuestos especiales. Por su parte, el borrador de la Asociación mencionada también adopta dicha tesis como criterio general, ya que establece explícitamente que la finalización del proceso formativo del contrato acontece cuando la anuencia del receptor de la oferta llega al proponente, lo que se produce cuando se ha puesto a su disposición en el lugar y del modo que permitan que dicha declaración pueda serle conocida o accesible. Igualmente, se observa el principio de la recepción en el caso de que la aceptación se exprese mediante una conducta, dado que prevé que tenga lugar cuando el oferente tiene o pueda tener noticia de dicho comportamiento. Además, contempla el axioma de la emisión cuando la iniciativa contractual, las prácticas existentes o los usos admitan que se exprese la conformidad a través de la realización de un acto y sin necesidad de comunicárselo al proponente, aunque no exige que se refiera al comienzo de la ejecución, sino que lo designa como evidencia particularizada.

<sup>1326</sup> De hecho, no existe una norma parecida en la LUF, precursora inmediata de la Convención vienesa.

<sup>1327</sup> DÍEZ-PICAZO, "Artículo 23", *VVAA La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998, p. 202.

contractual contenidas en numerosos preceptos de la parte III de la Convención vienesa, dedicada a la compraventa de mercaderías<sup>1328</sup>.

Por otra parte, algunos especialistas consideran que el artículo 23 sólo es aplicable a la génesis de los contratos alcanzada mediante el concurso de las dos declaraciones fundamentales de las partes, por lo que quedarían fuera de su ámbito aquellas hipótesis en las que no se identifiquen claramente ambas manifestaciones de voluntad, así como los acuerdos cuya eficacia se sujete a una condición suspensiva, y en los que se contenga alguna reserva en la propuesta inicial. En este sentido, debemos aclarar que la Convención vienesa no se pronuncia explícitamente sobre su adhesión al esquema bilateral clásico de la oferta y de la aceptación o sobre la posibilidad de recurrir a un sistema alternativo<sup>1329</sup>. No obstante ese silencio, es el único método que contempla para la construcción de convenios con valor contractual, por cuanto la regulación que dedica al proceso formativo se articula sobre esas dos expresiones de voluntad que, habitualmente, confluyen para dar vida a un contrato.

En la misma dirección se incardinan los restantes textos de Derecho Uniforme en los que se apoyan los redactores de la Propuesta de Modernización, así como la mayoría de diferentes Derechos nacionales y los instrumentos internacionales de carácter prelegislativo. En este sentido, normalmente los textos que se ocupan de la génesis contractual no dictaminan expresamente que esa etapa precontractual orbita en torno a la concurrencia de una propuesta inicial y de una contestación a la misma. Sin embargo, es el único procedimiento del que se sirven para reglamentar los fenómenos jurídicamente relevantes que pueden acontecer durante esa fase<sup>1330</sup>. A nuestro modo de ver, la explicación reside en dos

---

<sup>1328</sup> De acuerdo con el artículo 92, 1) de la Convención de Viena de 1980, “1) *Todo Estado Contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención o que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención*”.

<sup>1329</sup> SAN JUAN CRUCELAEGUI (op. cit., pp. 120 y 121) relata que la adopción del mecanismo tradicional de la oferta y aceptación por la Convención de Viena de 1980 “[...] ha sido objeto de crítica fundamentada en la consideración de que esta visión no responde a la realidad actual, puesto que, en muchas ocasiones, los contratos no se forman por el simple concurso de la oferta y de la aceptación, sino que van completándose de forma gradual como consecuencia del progreso en las negociaciones de las partes”. Pero añade que la mayoría de la doctrina considera que “[...] aquellos casos en que no se hubiera producido tal clásico modelo pueden ser reconducidos a los principios que fundamentan la Parte II de la Convención pues, en tanto exista un acuerdo de voluntades, el contrato nacerá a la vida jurídica aun cuando no se manifieste en una oferta o en una aceptación, o aun cuando no pueda ser identificado el momento preciso en el cual el contrato se perfecciona”.

<sup>1330</sup> El borrador de la Propuesta de Código Civil elaborado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil determina, en el proyectado artículo 522-4, nº 1, que “*Los contratos se concluyen por el mero consentimiento o concurso de la oferta y de la aceptación, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional*”. En consecuencia, reconoce expresamente el esquema clásico bilateral de generación contractual, así como el avance recogido por la Propuesta de Modernización en el proyecto del artículo 1.239 en cuanto a la amplitud de las formas de prestación del consentimiento. Sin embargo, la incorporación de la frase que contiene tal mejora “*cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado*”- de forma separada a la palabra “*consentimiento*”, a la que acompaña, dificulta la debida comprensión del precepto. Por otro lado, también dedica otra norma a la previsión de otros procedimientos de formación del contrato –art. 522-15-, y al igual que la Propuesta de Modernización –artículo 1.260-, contempla la subasta, el concurso y los contratos en cuyo proceso formativo no pueda reconocerse una secuencia de oferta y aceptación, si bien la redacción de este último supuesto varía levemente. Cfr. “La perfección del contrato en pública subasta. Aproximación desde el régimen legal del comercio minorista”, VVAA

circunstancias que se extraen de la realidad fáctica. Por un lado, la experiencia demuestra que es el sistema al que, con mayor frecuencia, y sin una toma de decisión consciente, acuden los intervinientes para celebrar acuerdos con valor contractual.

Por otra parte, la ordenación cronológica y consecutiva que caracteriza a dicho régimen permite abordar la problemática inherente a la construcción del contrato de una manera ordenada y sistemática, lo que facilita la observación y la extrapolación de reglas con eficacia generalizada. Todo ello ha conducido a que la tónica habitual se encauce hacia la reglamentación de la creación de los contratos mediante la técnica descrita y, aplicarla, con las adaptaciones necesarias, a cualquier otro procedimiento. Este es el planteamiento que asumen los antecesores de la Propuesta de Modernización, así como este último proyecto<sup>1331</sup>. Sin embargo, debemos destacar la opción seguida por los Principios Unidroit, dado que es el único precedente que reconoce explícitamente la celebración de los contratos mediante el tradicional esquema de la confluencia de las dos declaraciones paradigmáticas de los futuros contratantes, así como a través de la conducta de ambas partes.

No obstante, seguidamente, configura el proceso formativo del contrato mediante la regulación separada y detenida de las vicisitudes por las que pueden atravesar tales expresiones de voluntad. En nuestra opinión, es el precursor que expresamente refleja la importancia que ha adquirido la actuación de las partes en el devenir contractual, hasta tal punto que asume que pueda dar lugar a un genuino contrato, y, sin embargo, ello no obsta para que también recurra al sistema clásico. En este punto, debemos precisar que las consideraciones anteriores se infieren de las disposiciones que los instrumentos internacionales inspiradores de la Propuesta de Modernización dedican al modo o a las condiciones para lograr la perfección

---

*Derecho Mercantil en el umbral del Siglo XXI: Libro homenaje al profesor Carlos Fernández-Novoa, con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Directores GÓMEZ SEGADÉ, J.A. y GARCÍA VIDAL, A., Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 601 a 619.

<sup>1331</sup> La Propuesta de Modernización del Código Civil y los textos de Derecho Uniforme en que se apoya perfilan el procedimiento para la consecución de un vínculo obligacional en torno al concurso de la voluntad de los futuros contratantes, que se concreta a través de la exteriorización de las dos manifestaciones prototípicas, y extienden la aplicación de las normas que regulan dicho proceso a cualquier otro método alternativo, ya sea expresamente, como en el caso de los PECL –art. 2:211- y del DCFR –art. II.- 4:211-, ya sea mediante el recurso a la analogía en la Convención de Viena de 1980. En este sentido, PARRA LUCÁN (“*La formación ...*”, cit., pp. 73 a 75) expone que las diversas propuestas de armonización han llegado a admitir otros procedimientos de formación contractual diferentes a la concurrencia de una oferta y una aceptación a causa de la influencia de los estudios doctrinales de los últimos años. La finalidad es acoger a los supuestos que nos ofrece la realidad, en los que deviene imposible o irreal identificar dos declaraciones de voluntad emitidas en orden cronológico y sucesivo, ni tampoco dos comportamientos de los que pueda inferirse la voluntad contractual. Sin embargo, los textos analizados no detallan ese tipo de casos. La citada autora alude a los contratos societarios, los acuerdos en que interviene un mediador, convenios mediante el uso de formularios recomendados por asociaciones profesionales, pactos logrados a través de la intervención de un abogado o notario, o contratos obtenidos tras dilatadas y complejas reuniones de las partes y sus asesores. Ante tal variedad de hipótesis, difícilmente reconducibles a una categoría precisa, la Propuesta de Modernización, sus precursores y el borrador de Propuesta de Código Civil elaborado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil se refieren genéricamente a otros procesos distintos del modelo clásico.

contractual<sup>1332</sup>. Estas previsiones, normalmente, encabezan la sección o el capítulo dedicado a la generación de convenciones obligatorias, y, por tanto, preceden a la regulación individualizada de la oferta y de la aceptación.

Podemos inferir que la Propuesta de Modernización se acerca a la posición adoptada por los PECL y el DCFR, ya que todos ellos invocan las normas que rigen la vía habitual de formación de los contratos para su aplicación a otros cauces, pero el punto de partida es diferente. Según la corriente imperante en el moderno Derecho contractual, tal y como hemos apuntado al hilo de la figura de la oferta, los dos últimos textos de *soft law* únicamente requieren dos requisitos para la perfección contractual: la intención de quedar obligados legalmente y que se alcance un acuerdo suficiente<sup>1333</sup>. Según la doctrina más autorizada, y de acuerdo a explicaciones precedentes, uno de los objetivos de estas propuestas prelegislativas consiste en la eliminación de las trabas a la conclusión de convenios de naturaleza contractual a fin de facilitar y promover la contratación. De este modo, encontrarían amparo bajo esas mínimas exigencias la actuación desarrollada por las partes, en reconocimiento a su actual trascendencia, y cualquier otra vía que conduzca a la creación de un nexo contractual<sup>1334</sup>.

Por su parte, como hemos apuntado, la Propuesta de Modernización del Código Civil se coloca en una posición intermedia entre la que acogen los cuerpos normativos fruto de los esfuerzos codificadores desde la segunda mitad del siglo XIX y la que introducen las tendencias contemporáneas, que se retrotraen al último tercio del siglo pasado. De este modo, consagra al consentimiento de los intervinientes en la génesis contractual como el único requerimiento estrictamente ineludible para la conclusión de los contratos, exteriorizado inicialmente mediante la concurrencia de la oferta y la aceptación –art. 1.239-, pero se extiende a la posibilidad de acudir a otras vías para la formación contractual –art. 1.260-. Al mismo tiempo condiciona la obtención de dicho resultado al cumplimiento de una serie de requisitos, que no enumera, y, aunque tales requerimientos se configuran

---

<sup>1332</sup> A diferencia de la Convención de Viena de 1980, la cual, tras delimitar su ámbito de aplicación y sentar unas breves prescripciones genéricas, aborda directamente la regulación de la oferta y de la aceptación.

<sup>1333</sup> Artículos 2:101 de los PECL, II.- 4:101 del DCFR y 30, n° 1 de la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea.

<sup>1334</sup> En los comentarios realizados por al artículo 2.1.1 -versión 2004- (op. cit., p. 35), se recurre al último ejemplo mencionado en la nota anterior como evidencia de que la conducta de las partes puede demostrar la existencia de un acuerdo, único requisito para perfeccionar un contrato. PARRA LUCÁN (op. cit., p. 77) pone de relieve que, conforme a las nuevas tendencias, la conducta de las partes permite entender que se ha concluido un contrato, aunque no se puede identificar ni una oferta, ni una aceptación, ni expresas, ni tácitas. En tales casos, a los que denomina *implied in fact contracts*, el comportamiento de todos los intervinientes en función de las circunstancias concurrentes en cada caso determina si se ha culminado o no un vínculo contractual. Además, los redactores de tales Principios señalan que el tenor del mencionado precepto es “[...] suficientemente amplio como para incluir también los casos de la llamada *contratación automatizada*, es decir, cuando las partes acuerdan utilizar un sistema que les permita celebrar operaciones electrónicas automatizadas conforme a las cuales no se requiere la intervención de una persona física para perfeccionar un contrato”. (la cursiva es nuestra)

con un menor grado de exigencia que en la regulación actual del Código Civil, sin embargo, sus precursores no los contemplan.

Únicamente los Principios Unidroit abordan una afirmación explícita del consensualismo como puntal sobre el que se asienta el sistema contractual que preconizan<sup>1335</sup>. Sin embargo, en el caso de los PECL y del DCFR se puede colegir nítidamente de las dos únicas condiciones que demandan para la perfección contractual, dado que no parece haber mejor demostración del respeto al citado principio que requerir únicamente esos dos requisitos. El análisis de las demás disposiciones sobre el proceso formativo contractual abona dicha deducción, por cuanto relajan la rigurosidad de los extremos que tradicionalmente definen el contenido de los contratos. No obstante, la eventualidad de que la voluntad contractual se sujete a la razonable interpretación que una de ellas efectúe respecto de las declaraciones o de los actos de la contraparte puede calificarse como una salvedad al consentimiento habitualmente requerido para aseverar la culminación del contrato o, en otras palabras, como una clara mitigación del principio consensualista.

De este modo, resulta factible que una de las partes quede obligada jurídicamente con independencia de que sea o no su propósito, siempre que la otra parte pueda inferir razonablemente dicho ánimo en virtud de las manifestaciones o del comportamiento de la primera<sup>1336</sup>. Por consiguiente, una deducción coherente de las propuestas prelegislativas que asumen los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR es que el contrato deja de ser fruto exclusivo del concurso de las voluntades inherentes a las partes, ya que se puede deducir una intención contractual de la razonable exégesis que se obtenga de los dos factores apuntados. En nuestra opinión, la preponderancia que se ha atribuido al principio de *protección de la confianza razonable*, de clara procedencia anglosajona, o la preminencia que se confiere a la *bona fides*, como axioma rector de todas las etapas del *iter* contractual

---

<sup>1335</sup> Artículos 3.2 –versión 2004- y 3.2.1 –versión 2010-. Además, se proclama en los comentarios al artículo 2.1.1 –versión 2004- (op. cit., p. 35).

<sup>1336</sup> Artículos 2:102 de los PECL y II.- 4:102 del DCFR. Sin embargo, la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea se aparta de ese criterio –art. 30, nº 3-, al igual que la Propuesta de Modernización del Código Civil, y si bien se observa la introducción de criterios exegéticos de carácter objetivo, junto a los de signo subjetivo, no creemos que acojan dicha postura. No obstante, hemos de resaltar la importancia de que el proyecto del artículo 522-4, nº 2 del borrador de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil reproduce casi literalmente el precepto de los PECL mencionado, y, por tanto, presenta grandes similitudes con la norma que contiene el DCFR. De hecho, en lugar de referirse a la voluntad contractual, utiliza el término “intención”, que es característico del *Common Law*. Cfr. SÁNCHEZ LORENZO, S.A., “La europeización de las reglas de interpretación de los contratos en la Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos”, *VVAA Derecho Privado Europeo y la modernización del Derecho Contractual en España*, Director ALBIEZ DOHRMANN, K. J., Atelier, Barcelona, 2011, pp. 155 a 166.

conducen a preferir la consolidación del vínculo jurídico, aun en el caso de que uno de los participantes alegue la ausencia de una genuina voluntad contractual<sup>1337</sup>.

Igualmente, creemos que contribuye a pergeñar ese desenlace la relevancia adquirida por la conducta de las partes, de forma que, al menos, se coloca al mismo nivel que las declaraciones escritas<sup>1338</sup>. No obstante las divergencias señaladas, todos los antecesores de la Propuesta de Modernización coinciden en proponer una norma que enumera los cauces existentes para exteriorizar la aceptación, y, además, se ocupan de distinguir el momento de la conclusión del contrato según el medio elegido para expresar tal asentimiento. La Convención de Viena de 1980 fue la que emprendió el camino indicado, que continuaron los demás antecesores de dicha Propuesta, aunque los PECL y el DCFR emplearon una terminología diferente. En consecuencia, si la Convención de Viena de 1980 se decanta por prever las distintas formas en que puede materializarse la aquiescencia, reviste bastante lógica que, posteriormente, precise que el momento de la perfección contractual depende de la vía elegida, pese a que se tache de innecesario.

La Propuesta de Modernización del Código Civil sigue fielmente la mecánica y la terminología utilizada por la Convención de Viena de 1980, frente a los PECL y al DCFR, los cuales diferencian directamente los diversos momentos en que puede concluirse un acuerdo con valor contractual<sup>1339</sup>. Por su parte, los Principios Unidroit optan por contemplar dos modos para alcanzar la perfección, y como uno de ellos se concreta en la aceptación de una oferta, posteriormente sólo necesita referirse a los diversos modos de emisión de la conformidad. A pesar de la diversidad de las sistematizaciones utilizadas por los antecesores de la Propuesta de Modernización,

---

<sup>1337</sup> LANDO y BEALE (op. cit., p. 186) entienden que no resulta relevante el hecho de que la parte tenga o no la intención de contratar, y, en caso de que la tenga, no importa cómo exprese esa intención, siempre que la otra parte pueda inferir razonablemente de las declaraciones, o de cualquier otra conducta de la primera, que sí tenía intención de obligarse. Por su parte, MALO VALENZUELA (op. cit., pp. 596 y 597, notas 21 y 22) puntualiza que no basta la mera confianza del destinatario para la existencia del contrato, sino que la doctrina de la *reliance* precisa un requisito adicional. De este modo, la confianza suscitada se debe traducir en una actuación por su parte, que, habitualmente, será la ejecución del contrato. El citado autor señala que se podrá destruir la vinculación que resulta del contrato así formado mediante la demostración de que la confianza del destinatario fue injustificada, pues, pese al significado objetivo o «razonable» de la conducta en cuestión, aquél no podía desconocer la verdadera intención del declarante. Por último, LARA AGUADO (op. cit., p. 29) reconoce que se puede constatar una tendencia a prescindir de la voluntad entendida subjetivamente en aras a proteger las expectativas, la confianza y la seguridad del tráfico, tanto en las codificaciones nacionales, como en los textos de Derecho uniforme antecedentes del Anteproyecto. De esta forma, se prevén reglas que permiten concluir la existencia del acuerdo de voluntades siempre que así pueda ser razonablemente interpretado por la parte que confió en la declaración o conducta de la otra parte, lo que se halla más en la línea de los sistemas del *common law*.

<sup>1338</sup> MARCO MOLINA, J., “Las nuevas tendencias legislativas en materia de perfección e interpretación del contrato: la aproximación entre el *civil* y *common law* en «las nuevas leyes» o codificaciones internacionales del contrato”, *Estudios Jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Coordinador GARCÍA RUBIO, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2009, pp. 595 y 598.

<sup>1339</sup> La Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea se incardina en una postura intermedia. Por un lado, recoge las dos condiciones que propugnan los PECL y el DCFR para la celebración de un contrato –acuerdo suficiente e intención de vincularse–, pero introduce otro –art. 30, n° 1, (a)–. Para dicho texto, el primer requisito consiste en que las partes alcancen un acuerdo, lo que, a nuestro modo de ver, consagra el consensualismo. Por otra parte, a continuación prevé que el acuerdo se alcanzará por la aceptación de una oferta, y podrá hacerse explícitamente o mediante otras declaraciones o conductas.

así como las diferentes terminologías empleadas, se puede observar que todos ellos, junto a dicha Propuesta, evitan las clasificaciones con base en la mera distancia física o en el uso de instrumentos de comunicación específicos. En su lugar, recurren a la distinción de los posibles momentos en los que se perfeccionan los contratos en función de los diversos modos mediante los que se exterioriza la aceptación.

No obstante, se detecta una discrepancia en torno a los criterios elegidos para determinar el instante de la culminación contractual. Por un lado, se alinean la Convención de Viena de 1980, los Principios Unidroit y la Propuesta de Modernización del Código Civil, por cuanto explícitamente contemplan el supuesto de la aceptación de una oferta verbal, que, por regla general, debe efectuarse a través del mismo cauce y con carácter inmediato. Por otro lado, los PECL y el DCFR no afrontan expresamente la conclusión de los convenios cuyas manifestaciones se transmiten de forma hablada<sup>1340</sup>. En cuanto al criterio para determinar el momento en se pueden entender celebrados los contratos, tanto la Propuesta de Modernización del Código Civil como sus precursores consagran la teoría de la recepción cuando la aquiescencia del destinatario de la oferta se plasma en una declaración de voluntad escrita o en una manifestación de carácter fáctico, ya que se ha de comunicar a la contraparte.

No obstante, se exceptúa la hipótesis en que la oferta, las prácticas existentes o los usos negociales admitan que la conformidad se exteriorice a través de la ejecución de un acto que se incardine en el cumplimiento de la prestación que incumbe al eventual aceptante. En tal caso, la perfección se adelanta al inicio de dicha ejecución, y, por tanto, responde a la teoría de la emisión<sup>1341</sup>. En nuestra

---

<sup>1340</sup> La Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit señalan, como regla general, que las propuestas verbales deben aceptarse inmediatamente, mientras que la Propuesta de Modernización utiliza la expresión “en el acto”, si bien se admite que se produzca con posterioridad. De acuerdo con los comentarios al artículo 2.1.8 de los Principios Unidroit –versión 2004- (op. cit., p. 48), una oferta oral comprende tanto la iniciativa contractual realiza en presencia del destinatario, como en los casos en que éste puede responder inmediatamente, *v.gr.* realizada por teléfono o comunicada electrónicamente en tiempo real –*ad. ex. chat rooms*-. De acuerdo al artículo 1.10 de los citados Principios, una notificación oral “llega” a su destinatario cuando es manifestada personalmente al destinatario o a otra persona autorizada por él para recibirla. Al igual que los PECL y el DCFR, tampoco aluden a esta distinción ni la Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea, ni el borrador de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

<sup>1341</sup> La Propuesta de Reglamento sobre normativa común de compraventa europea –art. 35, n° 1- y el borrador de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil –art. 522-13, n° 1- contemplan, como principio general, el de la recepción. Este último borrador incluye en el mismo precepto la aclaración de cuando se debe entender que se ha producido la llegada de la comunicación –“*cuando se ha puesto a su disposición en el lugar y del modo que permitan que la aceptación pueda serle conocida o accesible*”-, mientras que la Propuesta de Reglamento prevé esa circunstancia en el artículo 10. Ambos textos diferencian, a continuación, el supuesto en el que la conformidad se exteriorice mediante una conducta, en cuyo caso adoptan un criterio novedoso, y, a nuestro juicio, erróneo, por cuanto parecen recurrir a la teoría de la cognición (“*el contrato se habrá celebrado en el momento en que el ofertante tenga noticia de dicha conducta*” –art. 35, n° 2-), si bien, en el caso del borrador de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, se atenúa, en la medida en que también se alude al instante en que el proponente *pueda* tener noticia. Por último, ambas propuestas normativas incluyen el supuesto en que el destinatario de la oferta esté facultado para prestar su aquiescencia mediante un comportamiento y sin necesidad de notificación, en cuyo caso el momento de conclusión del contrato se anticipa al comienzo de la ejecución, es decir, se acude a la tesis de la emisión. Además, deducimos una contradicción con el criterio anterior, en la medida en que esta excepción parece centrar su especialidad en su carácter no recepticio frente a la anterior hipótesis, pero esta última parece exigir el conocimiento, sin que resulte suficiente la recepción. Por consiguiente, ninguno

opinión, la postura adoptada por la Convención de Viena de 1980, los Principios Unidroit y la Propuesta de Modernización es más acertada que la adoptada por los PECL y el DCFR. La razón estriba en que los primeros proponen una clasificación que acoge todos los supuestos que ofrece la realidad, y, por tanto, determinan el instante de la perfección de cualquier acuerdo, con independencia de la manera de expresión de la voluntad de las partes. A nuestro modo de ver, la distinción entre el asentimiento a ofertas verbales y a otro tipo de propuestas obedece a la posible existencia de un intervalo temporal relevante entre la emisión y la recepción –o conocimiento- de las respectivas manifestaciones de voluntad.

De esta manera, la previsión de que la conformidad del destinatario de una oferta verbal deba producirse de forma simultánea permite englobar tanto los supuestos de contratación entre sujetos presentes como a través de cualquier medio que establezca el mismo tipo de comunicación directa e ininterrumpida –v. gr. el teléfono y la videoconferencia-<sup>1342</sup>. Por consiguiente, se evidencia el paralelismo entre la diferenciación planteada por la Convención de Viena, los Principios Unidroit y la Propuesta de Modernización, y, por otra parte, las conclusiones apuntadas en torno a la caracterización de la relación entablada en función de que sea directa e inmediata, o revista las notas contrarias<sup>1343</sup>. De este modo, si la transmisión de las declaraciones reúne las notas señaladas, el efecto será idéntico al que se anuda a la conformidad de una oferta verbal. Por tanto, no será necesario señalar criterio alguno para fijar el momento de su perfección, porque la emisión, la

---

de los dos textos examinados aborda clasificación alguna en función de la mera distancia física, ni tampoco aluden a manifestaciones orales. Su planteamiento es más sencillo, y, a nuestro modo de ver, correcto en su formulación y acertado respecto a los efectos que se derivan, salvo el matiz expuesto con relación al instante de la perfección en el caso de conductas.

<sup>1342</sup> GONZÁLEZ GOZALO (“La formación ...”, cit., p. 708) señala que, en los casos de comunicación bidireccional inmediata e ininterrumpida –teléfono, videoconferencia, *chats* y *talks* de Internet-, la perfección se sitúa en la emisión de la aceptación, como en la contratación entre presentes. Sin embargo, exceptúa el supuesto en que, pese a que el medio de transmisión ostente las características señaladas, se utilice de modo interrumpido –*ad. ex.* mensaje en el buzón de voz o en el contestador-, por lo que el criterio será el mismo que en el caso de cauces de comunicación instantáneos, pero interrumpido –v. gr. télex y fax-. En estas hipótesis, el citado autor acude a la recepción de la comunicación, que será simultánea a la emisión, y con independencia de que el oferente no la conozca, salvo que no tenga obligación de conocerla –*ad. ex.* fuera de horario comercial-. Sin embargo, en todos los supuestos expuestos, este experto entiende que el riesgo de los fallos de transmisión se atribuyen al eventual aceptante, por cuanto considera que el contrato no se perfeccionaría.

<sup>1343</sup> En cualquier caso, no podemos olvidar que, aunque la teoría de la recepción se establece como criterio general, ello no obsta para que los propios textos legales recojan excepciones al mismo. Este sería el caso de la aceptación de una oferta que deba realizarse dentro de un periodo marcado por el oferente, ya que dicho plazo comenzará a computarse desde la expedición de la propuesta y no desde su llegada al destinatario -DE CUEVILLAS MATOZZI, “La oferta contractual...” p. 157 y comentarios realizados por los redactores al artículo 2.1.8, op. cit. pp. 48 y 49. En el mismo sentido, el artículo 20 de la Convención de Viena de 1980, que se identifica como el antecedente del mencionado precepto de los Principios Unidroit. Sin embargo, dicha excepción no se plasma en los PECL, ni en el DCFR, ni en la Propuesta de Modernización-. Parte de la doctrina también apunta el supuesto de la aquiescencia que recae cuando la oferta ha caducado por el transcurso del tiempo, por cuanto dicha declaración surtirá efecto como aceptación cuando el oferente envíe una comunicación al aceptante en tal sentido, y, por tanto, postergan la perfección contractual al momento del envío de dicha comunicación -PERALES VISCASILLAS, “La formación del...”, cit., p. 224-. Sin embargo, en nuestra opinión, este supuesto encaja en la regla general del *principio de llegada*, ya que el momento de conclusión coincide con la recepción del asentimiento. Además, las partes también pueden alterar el criterio general y pactar otro diferente para la perfección de las declaraciones que se produzcan en el marco de sus relaciones.



expedición, la recepción y el conocimiento de la aquiescencia coinciden en un único momento<sup>1344</sup>.

Por el contrario, si las comunicaciones entre las partes no fluyen con la celeridad señalada, a pesar de utilizar herramientas tecnológicas que permiten conseguirla, el canon general debe concretarse en la recepción de la respuesta. Sin embargo, el constante desarrollo tecnológico ha permitido que la contratación se pueda efectuar por medio de cauces técnicos cuya rapidez de transmisión elimina cualquier lapso temporal, y la asimilan a la simultaneidad propia de las reuniones presenciales o del uso del teléfono o la videoconferencia. Además, ese efecto no dependerá del uso de las partes, sino que sucederá en todas las ocasiones, por cuanto es una peculiaridad de tales adelantos. Otra particularidad que definen a estos nuevos canales es la despersonalización de la relación, ya que las declaraciones se transmiten a través de un mecanismo electrónico en función de las pautas programadas previamente, lo que dificulta que pueda alegar desconocimiento de las mismas, así como de su recepción.

La valoración conjunta de los rasgos distintivos de esta nueva herramienta para celebrar contratos, que el Código Civil denomina de *dispositivos automáticos*, y que se contienen en las páginas web, ha supuesto que nos planteáramos la conveniencia de matizar las conclusiones alcanzadas. En este sentido, podría resultar conveniente distinguir las hipótesis en que las manifestaciones de voluntad se transmiten de manera instantánea, pero a través de sistemas de comunicación, electrónicos o de otro tipo, facilitados por el proponente, mientras que los destinatarios se identifican con consumidores<sup>1345</sup>. En tales casos, parece que la opción que pondera adecuadamente los intereses en juego debe abogar por proteger la posición contractual del eventual aceptante, y, por tanto, el criterio para determinar el momento en que se perfeccionan estos acuerdos es el correspondiente a la teoría de la emisión o, en todo caso, a la teoría de la expedición<sup>1346</sup>.

---

<sup>1344</sup> Algunos autores consideran que lo que subyace es la *teoría del conocimiento*, por cuanto una comunicación oral nunca podrá literalmente ser entregada. En este sentido, PERALES VISCASILLAS, “*La formación del...*”, cit., p. 231 y DE CUEVILLAS MATOZZI, “*La oferta contractual...*”, cit., p. 149.

<sup>1345</sup> GONZÁLEZ GOZALO (“*La formación ...*”, cit., pp. 710 y 711) matiza que la concreción de los contratos que se rigen por la regla especial relativa a los contratos celebrados por medio de dispositivos automáticos debemos realizarla en función del Dictamen del Consejo de Estado que hemos analizado anteriormente. En opinión del citado autor, debemos incluir a todos los convenios que se concluyan automáticamente, sean o no electrónicos, y, por tanto, engloban todos aquellos supuestos en que la aceptación emitida por el destinatario de la oferta se tramita mecánicamente mediante máquinas dispuestas al efecto. De este modo, considera englobados los contratos *clic* concluidos en línea, los celebrados a través de aparatos expendedores, los perfeccionados telefónicamente o mediante intercambio de correos electrónicos en los que intervengan agentes inteligentes, siempre que la oferta proceda de quien se sirva de tales instrumentos automatizados, y el receptor se limite a manifestar su conformidad. Por el contrario, este experto asevera que se deben excluir aquellos acuerdos, aunque sean electrónicos, en que el asentimiento se procesa personalmente, y aquellos en que la oferta se procese a través de los dispositivos automáticos, pero no la aquiescencia, lo que ocurre cuando el ofrecimiento del prestador de servicios es una *invitatio ad offerendum* y el pedido del destinatario se configura como la oferta.

<sup>1346</sup> MATEU DE ROS (“*¿Hay consentimiento ...*”, cit., pp. 168 y 169) expone, con acierto, que el consumidor está interesado en que el contrato celebrado sea válido, ya sea para exigir su cumplimiento ya sea para reclamar la resolución,

## II. EL LUGAR DE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

### 1. COINCIDENCIA ENTRE LA VERSIÓN PRIMIGENIA DEL ARTÍCULO 1.262, N° 2 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DE LA LSSI

#### a. PLANTEAMIENTO GENERAL

En este caso, no hemos de contrastar en profundidad la versión actual de los artículos 1.262, n° 2 y 3 y 54, n° 1 y 2 con la primitiva redacción de ambos códigos de Derecho privado, por cuanto, en el caso del Código Civil, la mención incorporada es idéntica a la que contenía dicho cuerpo legislativo desde su promulgación<sup>1347</sup>. Por lo que concierne al Código de Comercio, no contemplaba ningún tipo de referencia con relación a esta materia, lo que, obviamente, generó una controversia doctrinal sobre la solución adecuada. En consecuencia, la Disposición Adicional Cuarta de la LSSI ha venido a solventar ese vacío legal, y, por nuestra parte, compararemos la opción seguida por el legislador con las diversas propuestas planteadas por los especialistas<sup>1348</sup>. Asimismo, al igual que ocurría con la problemática derivada de la fijación del momento de la perfección contractual, la decisión relativa al lugar de la culminación de los contratos no pretende averiguar con exactitud dónde se han celebrado efectivamente tales convenios, sino en qué sitio resulta más conveniente o, incluso, más justo considerar que se han concluido.

En esta tesitura, debemos traer a colación la misma premisa que expusimos con relación al momento de la perfección contractual. Hemos de tener presente que la determinación de la posición tanto temporal como territorial en la que se concluyen las convenciones entre personas que se hallan alejadas espacialmente, se dirige a zanjar el eventual conflicto de intereses que pueda surgir entre los intervinientes. Por consiguiente, las respuestas que se han facilitado aspiran a disipar esa pugna mediante la ponderación de los factores que coadyuven a decidir cuál es la postura contractual merecedora -o necesitada- de un mayor grado de protección<sup>1349</sup>. La importancia de la concreción del emplazamiento físico en el que se sitúe materialmente la conclusión de los contratos no se revela en aspectos

---

junto a la indemnización de daños y perjuicios. En cambio, la nulidad y anulación del pacto, por ausencia o por vicios del consentimiento, respectivamente, puede resultarle perjudicial. Como hemos señalado anteriormente, este experto también alude a la posible paradoja que puede derivarse de que la protección del consumidor descansa más en la naturaleza preceptiva de las normas jurídicas y en la responsabilidad de signo objetivo que se impone al proveedor de servicios, que en los mecanismos previstos para asegurar su efectivo consentimiento –resolución, revocación, denuncia y desistimiento-. Concluye que la solución más justa es valorar que el contrato se ha celebrado, aunque no se haya consentido, y que debe ser cumplido.

<sup>1347</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR, op. cit., p. 270.

<sup>1348</sup> PERALES VISCASILLAS, “Sobre la perfección ...”, cit., p. 82.

<sup>1349</sup> PUIG BRUTAU, “Fundamentos ...”, cit., p. 240.

materiales del *iter* contractual, sino, básicamente, en la fijación de dos extremos que encierran una gran relevancia jurídica dado que se proyectan sobre todas las fases del acuerdo logrado, anteriores y posteriores a la perfección del mismo<sup>1350</sup>.

En especial, el elemento espacial inherente al proceso formativo del contrato resultante permite señalar la normativa aplicable y el foro jurisdiccional competente para resolver todos los problemas que se deriven de cualquiera de las etapas por las que atravesase la vida del contrato, no sólo con relación a su formación. Por otro lado, no resultará necesario delimitar ambas cuestiones en todas las ocasiones, por cuanto, sin perjuicio de que las partes se sitúen en circunscripciones territoriales incardinadas en espacios judiciales diferentes, puede ser única la legislación a la que se sujeten los tribunales idóneos para discernir la resolución de los litigios planteados. En este sentido, el Código Civil y el Código de Comercio –este último después de la reforma articulada por la Disposición Adicional Cuarta de la LSSI- se limitan sencillamente a dibujar un escenario en el que los futuros contratantes se sitúan en *lugares distintos*, por lo que el paradero de las partes puede localizarse en diferentes puntos geográficos, pero dentro de la misma demarcación territorial<sup>1351</sup>.

La concreción del ordenamiento jurídico y los órganos jurisdiccionales idóneos para dilucidar los pleitos que surjan devendrá inexcusable únicamente en aquellos supuestos en que los sujetos contratantes se hubiesen ubicado en términos espaciales en los que los dos factores señalados, o sólo uno de ellos, difieran, en cuanto se someten al empleo de normas legales o a la actuación de cortes judiciales heterogéneas. A diferencia de lo que acontece con la fijación del instante en que culminan los contratos, la clasificación que se apoya en la distancia física existente entre las partes desvela su utilidad en orden a precisar el emplazamiento físico en el que se puede estimar celebrado el contrato. El motivo reside en que las dos principales dificultades asociadas a la delimitación del lugar de la perfección contractual –normativa aplicable y jurisdicción competente- se organizan con carácter territorial, por lo que es lógico que la solución se asiente también sobre esa premisa.

Este corolario nos conduce inevitablemente a valorar negativamente tanto que el legislador escogiera dicha sistematización para abordar conjuntamente la decisión acerca del momento y lugar de la conclusión de los contratos, sino también

---

<sup>1350</sup> Asimismo, los especialistas coinciden en señalar que otra función destacada de la delimitación del sitio en que se pueda entender concluido un acuerdo con valor contractual es la selección de los criterios para la interpretación e integración del contrato, tanto en general (arts. 1.258 o 1.287 del Código Civil), como en los supuestos en que la ley se remite a los usos o la costumbre de la tierra (arts. 1.496, 1.520, 1.555, nº 2, 1.574, 1.579, 1.580, 1.695, nº 2, etcétera). Vid. por todos GÓMEZ LAPLAZA, cit., p. 147.

<sup>1351</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ (op. cit., p. 1.097 –Ramón Areces-).

la conexión entre ambos extremos que se desprende de los preceptos que examinamos. La perspectiva desde la que parten dichas normas parece supeditar la respuesta al problema de la fijación del sitio en el que confluyen las declaraciones de voluntad de los futuros contratantes a la contestación para la fijación del punto temporal en que dicha unión se debe entender lograda<sup>1352</sup>. Desde un punto de vista dogmático, esa disyuntiva es factible, y ha sido defendida por reputados expertos en la materia. Estiman que, dado que nuestro legislador se inclinó por la tesis de la cognición, es totalmente adecuado de que el lugar en el que se entienden celebrados los acuerdos contractuales se identifique con el sitio en el que se formuló la proposición inicial<sup>1353</sup>.

A nuestro modo de ver, la lógica debería haber conducido a designar el lugar en que se conoció la aceptación<sup>1354</sup>, dado que no siempre coinciden ambos puntos espaciales. En todo caso, se debería haber optado por el sitio en el que se entregó o se debería haber depositado la aquiescencia del destinatario, en la medida en que, tras la reforma operada por la LSSI, se acoge con carácter subsidiario el principio de la recepción<sup>1355</sup>. Por el contrario, si el Código Civil y el Código de Comercio se hubiesen decantado por la teoría de la emisión o de la expedición, el asentamiento en el que se entenderían celebrados los acuerdos contractuales se trasladaría hasta el ámbito territorial en el que se formulara la aceptación<sup>1356</sup>. A pesar de la razonabilidad de la equiparación de las soluciones para la determinación del momento y lugar de la perfección contractual, estimamos que semejante equivalencia sólo funciona cuando opera la ecuación distancia física = intervalo temporal entre la emisión y recepción –o conocimiento– de las declaraciones de voluntad.

A nuestro modo de ver, resulta comprensible la posición del legislador decimonónico a causa del limitado contexto técnico existente en la época de la promulgación de los dos códigos citados. También se puede ponderar razonable que la lenta implantación generalizada del uso del teléfono justificara la

---

<sup>1352</sup> GARCÍA-GRANERO COLOMER, op. cit., p. 464.

<sup>1353</sup> ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ, op. cit., p. 175 y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 1098.

<sup>1354</sup> ROGEL VIDE (*“Momento y lugar ...”*, cit., p. 586) parte de que las cuestiones del espacio y del tiempo en que se debe entender producida la perfección están mutuamente relacionadas, y, por tanto, considera lógico que se presuma que el sitio en el que se concluye el contrato se identifique con el lugar en el que se hizo la oferta, que normalmente se sitúa en el domicilio del oferente, y que es también dónde habitualmente éste conoce la aceptación.

<sup>1355</sup> GÓMEZ LAPLAZA (op. cit., pp. 50 y 51) explica que tanto el Anteproyecto de Laurent como el Anteproyecto de 1882-88 –art. 1.275– se referían conjuntamente al lugar donde se hizo la oferta y donde se recibe la aceptación, pero el último inciso relativo al sitio de recepción de la conformidad se suprimió al trasladar el proyectado artículo que cavamos de citar al Código Civil. A nuestro modo de ver, la apreciación eliminada era correcta, por cuanto pueden no coincidir ambas localizaciones.

<sup>1356</sup> En nuestra opinión, no parece coherente fijar el sitio desde el que se expide o envía la aceptación, porque puede no coincidir con el lugar dónde se formuló dicha contestación, sino una oficina de Correos, establecimiento que ofrezca el envío de faxes, un cibercafé. Además, estimamos que no guarda la debida conexión con el proceso formativo del contrato.

inmovilidad de las previsiones legislativas, pese a que su irrupción motivó los primeros atisbos sobre la disociación de la clasificación entre presentes y ausentes en cuanto al momento y lugar de la perfección contractual. En cambio, no hallamos explicaciones plausibles para que las modificaciones legislativas introducidas al amparo de la LSSI mantuvieran incólume el paralelismo indicado. Los adelantos tecnológicos existentes permitían con facilidad y coste ajustado que los sujetos alejados físicamente entablaran una comunicación simultánea, de índole personal o mediante la interposición de instrumentos técnicos, que propiciaba la celebración de todo tipo de contratos con independencia de la condición de los intervinientes.

El reproche anterior se ve mitiga en la medida en que la correlación entre las reglas establecidas para la fijación del momento de la culminación contractual y las que se ocupan de lugar en que sucede dicho acontecimiento no se configura de forma imperativa. Hemos de reiterar que las disposiciones previstas en los artículos 1.262, nº 2 y 54, nº 1 revisten naturaleza dispositiva, aseveración que no concierne únicamente a las relativas al instante en el que se concluyen los acuerdos con valor contractual, sino también a la referida al punto geográfico dónde debe entenderse que se produjo dicho suceso. Esta deducción se refuerza debido a que la máxima establecida para la concreción de dicho lugar se formula como una presunción *iuris tantum*, tal y como se puede inferir de la propia redacción contenida en dichas normas<sup>1357</sup>. De este modo, las partes podrán pactar un emplazamiento geográfico para la celebración del acuerdo que les incumbe que sea diferente al indicado por el legislador<sup>1358</sup>.

Además, en defecto de estipulación expresa, cualquiera de los intervinientes podrá demostrar que, pese a la conjetura legal, realmente la perfección del contrato se localizó en un sitio diferente a aquel en se hizo la oferta<sup>1359</sup>. De hecho, no cabe oponer ningún reparo jurídico que impida que las partes señalen un criterio para la concreción del momento de la conclusión del contrato distinto al establecido en los preceptos analizados, y, sin embargo, no alteren la suposición normativa en cuanto al punto geográfico en que dicho evento se considera producido. En consecuencia, la delimitación del momento atenderá al axioma fruto de la voluntad de los contratantes mientras que la normativa aplicable y los tribunales ante los que se ventilarán las contiendas judiciales se corresponderán con los que deriven del lugar en el que se hizo la oferta. Por consiguiente, la función de la presunción legal será

---

<sup>1357</sup> ROGEL VIDE ("*Momento y lugar ...*", cit., p. 586) expone que la regla sobre el lugar de perfección contractual se establecía imperativamente en el Anteproyecto de Laurent, y adquirió carácter presuntivo en el Anteproyecto 1882-88.

<sup>1358</sup> BERROCAL LANZAROT, op. cit., p. 73.

<sup>1359</sup> SCAEVOLA (op. cit., p. 666) opina que el alcance de la conjetura legal supone dispensar de la carga de la prueba a aquel que, en caso de contienda judicial, defienda la competencia judicial del lugar en que se hizo la oferta.

supletoria en caso de que las partes no convengan nada sobre ese aspecto, e interpretativa en la hipótesis de que se separen del criterio legislativo<sup>1360</sup>.

Antes de finalizar, hemos de hacer alusión a que la reforma acometida por la LSSI con relación al lugar en el que se debe entender producida la perfección contractual zanjó dos controversias surgidas a causa de la redacción primigenia de los artículos 1.262, nº 2 del Código Civil y 54, nº 1 del Código de Comercio. En cuanto a la esfera civil, la incertidumbre se cernía sobre la posibilidad de extender la conjetura prevista por la primera norma indicada a supuestos diferentes de la contratación postal. La dificultad se incrementó cuando el desarrollo tecnológico originó la aparición de coyunturas en las que la comunicación establecida entre los sujetos contratantes permitía la simultaneidad de la emisión y el conocimiento de las declaraciones intercambiadas por aquéllos a pesar de hallarse distanciados físicamente. Las disquisiciones doctrinales y jurisprudenciales comenzaron con la contratación telefónica, pero se pueden extender a todos los adelantos posteriores.

La mayoría de los civilistas concluyeron que la presunción normativa del artículo 1.262, nº 2 debía aplicarse por vía de analogía a todos aquellos supuestos en que los futuros contratantes se hallasen alejados espacialmente, sin perjuicio de que la comunicación entablada les asemejara a la contratación entre presentes. Por consiguiente, se reconoció la posibilidad, e, incluso, la conveniencia de disociar las reglas sobre el momento y el lugar de la perfección contractual. En cuanto al dilema que afectaba a la órbita mercantil, el punto de partida se localizaba en el silencio del artículo 54 del Código de Comercio en orden a la delimitación del lugar en que debían entenderse celebrados los acuerdos contractuales. En consecuencia, la incógnita se proyectaba sobre la eventualidad de invocar la solución auspiciada por el Código Civil para los contratos mercantiles mediante el recurso a la afinidad de los supuestos contemplados por tales normas.

Numerosos mercantilistas interpretaban que la omisión de una previsión en torno al sitio en que acontece la conclusión de los contratos de comercio en el Código mercantil debía solventarse mediante la remisión contemplada por el artículo 50 de dicho cuerpo legislativo. De ese modo, las reglas generales del Derecho común colman las lagunas en que incurran el citado código o las leyes especiales, y, por tanto, en este caso parecía coherente la invocación del artículo 1.262, nº 2 del Código Civil<sup>1361</sup>. Sin embargo, no faltaron voces discrepantes que rechazaban la viabilidad de la solución arbitrada por tal norma. Por un lado, argüían que en el supuesto de

---

<sup>1360</sup> GÓMEZ LAPLAZA, op. cit., p. 145.

<sup>1361</sup> GARRIGUES, “*Tratado ...*”, cit., p. 58; y PERALES VISCASILLAS “*La formación del ...*”, cit., p. 263.

que se admitiera la aplicabilidad de las máximas generales del ámbito civil, la remisión no siempre conduciría a la aplicación del axioma contenido en el segundo párrafo de la norma citada para la contratación entre ausentes. Consideraban que, en los supuestos en que la comunicación fuera inmediata, debería aplicarse la regla recogida en el primer párrafo, que contempla la contratación entre ausentes<sup>1362</sup>.

El argumento expuesto obliga a precisar el momento exacto en que se debe considerar concluido un contrato entre personas reunidas presencialmente, si bien sus defensores extrapolan el criterio resultante a todos los supuestos en que los instrumentos de comunicación generen una comunicación ininterrumpida. Como expusimos anteriormente, la inmensa mayoría de los especialistas sostienen, acertadamente, que no es necesario fijar una regla precisa ya que no se puede apreciar un intervalo temporal jurídicamente relevante entre la emisión y el conocimiento de las diversas manifestaciones de la voluntad de las partes. En contraposición, los autores que negaban la invocación del artículo 1.262, nº 2 al terreno mercantil mantenían que los contratos entre presentes se perfeccionaban en el momento de la emisión del asentimiento, que, además, coincide con el criterio previsto por el artículo 54, nº 1 del Código de Comercio para la fijación del momento de la conclusión contractual.

En consecuencia, también defendían la interdependencia de las reglas para fijar el momento y el lugar de la conclusión de los contratos. La coordinación lógica de ambos presupuestos conducía a que sus partidarios asegurasen que la culminación contractual en los contratos entre presentes se situaba en el lugar en que se formulaba la aquiescencia. Por otra parte, también esgrimían que existía una franca contradicción entre la teoría prevista por el artículo 1.262, nº 2 del Código Civil para delimitar el momento de la perfección –cognición– y la tesis que acogía el artículo 54 del Código de Comercio –emisión–<sup>1363</sup>. Además, la primera norma reseñada la contempla exclusivamente para la contratación mediante correspondencia postal. Por tanto, aseguraban que el lugar en el que se debían entender concluidos los contratos de comercio celebrados entre presentes o en supuestos análogos a pesar del alejamiento físico de las partes no podía atender al criterio contenido en el artículo 1.262, nº 2 del Código Civil.

La unificación acometida por la Disposición Adicional Cuarta de la LSSI ha acarreado la ventaja de eliminar los debates que describimos anteriormente gracias a la absoluta identidad entre el régimen de los contratos civiles y los mercantiles.

---

<sup>1362</sup> ROGEL VIDE, “*Momento y lugar ...*”, cit., p. 594.

<sup>1363</sup> BROSETA PONT, op. cit., p. 423.

Además, contribuyó a dicho desaparición la previsión expresa de la regla sobre el lugar de la perfección contractual con relación a la contratación *inter absentes* en el código mercantil. Otro factor que coadyuvó a la supresión indicada fue la desvinculación de la regla para la fijación del momento y del lugar de la perfección contractual en la esfera civil y mercantil no sostuviera diferencias según los instrumentos de comunicación utilizados. En conclusión, la nueva redacción de los artículos que examinamos permite que se apliquen a todos los supuestos en que la oferta y la aceptación se emiten desde lugares distintos con independencia del sistema de transmisión empleado, y, por tanto, sin valorar que la relación entablada sea inmediata o, por el contrario, interrumpida<sup>1364</sup>.

En nuestra opinión, el planteamiento legislativo mantenido por la reforma operada mediante la LSSI puede calificarse correcto en cuanto a la filosofía que subyace al axioma para la designación del sitio físico en el que puede considerarse perfeccionado el contrato. La razón estriba en que ese problema gravita sobre la elección de un concreto emplazamiento geográfico, por lo que, de forma correlativa, la solución debe sustentarse sobre un criterio de índole territorial<sup>1365</sup>. También valoramos positivamente que se configure con naturaleza presuntiva. Sin embargo, tal y como hemos expuesto, no respaldamos que se extienda esa misma pauta a la fijación del momento en que se concluye dicho contrato, aun cuando revista carácter dispositivo. Por consiguiente, defendemos la alternativa doctrinal que propone la disociación de las máximas para la determinación del instante y del lugar de la perfección contractual, porque son dos problemas distintos, y, por tanto, requieren respuestas diferentes.

## **b. DISPOSITIVOS AUTOMÁTICOS Y CONTRATOS ELECTRÓNICOS**

El tercer párrafo del artículo 1.262 del Código de Derecho común, así como el segundo párrafo del artículo 54 del Código mercantil, incorporados *ex novo* mediante la Disposición Adicional Cuarta de la LSSI introducen la difusa categoría de los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, y, además, no hacen alusión alguna al lugar en el que deban entenderse concluidos tales convenios. Ante semejante omisión, surgen dos posibles alternativas: la aplicación analógica de la

---

<sup>1364</sup> GONZÁLEZ GOZALO (“La formación ...”, cit., p. 713 y 714) sostiene que la contratación entre presentes de formación sucesiva requiere la aplicación analógica de la regla prevista por los artículos 1.262, nº 2 y 54, nº 1, si bien el citado autor alude al lugar donde se comunicó la oferta.

<sup>1365</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (op. cit., p. 98 y nota 131) señala que la presunción sobre la localización espacial de la perfección contractual se introdujo gracias a la enmienda núm. 344, cuya justificación se planteó en los siguientes términos: “Resulta adecuado introducir la frase destacada en negrita en el texto de la enmienda, ya que las reglas para la determinación del lugar de celebración del contrato contenidas en el artículo 28 tan sólo son aplicables a los contratos electrónicos, pero no al resto de categorías de contratos a distancia cubiertos por los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, en la redacción propuesta en la disposición adicional cuarta”.



regla prevista en el apartado anterior para la contratación *inter absentes* y la elección del lugar en el que se emite la aceptación. Por lo que se refiere a la primera disyuntiva, obedece al mismo razonamiento que presidió el recurso a dicha regla ante la ausencia de previsión en torno al lugar de conclusión de los contratos de comercio. En cuanto a la segunda opción, se sustenta sobre la interrelación sostenida legal y doctrinalmente entre los criterios destinados a la delimitación del momento y del sitio en que ha de entenderse que acontece la perfección contractual<sup>1366</sup>.

Sin embargo, los autores no han mostrado excesivo interés sobre este extremo concreto, por lo que, desde una perspectiva dogmática, ninguna de las eventuales salidas indicadas en el párrafo anterior cuenta con el respaldo suficiente para ser esgrimida prioritariamente frente a la otra. La ausencia de discusiones previas y la falta de explicaciones ulteriores por parte de los redactores de dicha modificación legislativa dificultan la selección del axioma para delimitar geográficamente donde se culmina el proceso formativo. Por consiguiente, nos vemos abocados a acudir al Dictamen emitido por el Consejo de Estado durante la elaboración de la LSSI en busca de una posible solución al dilema planteado. No obstante, hemos de tener presente que los comentarios realizados por dicho órgano consultivo parten del análisis del artículo 30 proyectado, y que dicha norma únicamente preveía la máxima para delimitar el emplazamiento físico en el que se debían considerar perfeccionados los contratos electrónicos.

En ese sentido, hemos de traer a colación que, por un lado, el anteproyecto examinado por el Consejo de Estado contenía una versión del precepto reseñado que coincide exactamente con el contenido del que finalmente fue aprobado, por lo que las apreciaciones que analizaremos se pueden extrapolar a la disposición normativa vigente<sup>1367</sup>. Por otra parte, pese a los numerosos borradores habidos durante la tramitación de la LSSI, los diversos criterios ofrecidos para la determinación de esta materia mantuvieron una afinidad notable. Sentadas las premisas anteriores, la observación del tenor literal del precepto propuesto y, posteriormente, sancionado legalmente, evidencia que la regla establecida para fijar el lugar en que se han de considerar celebrados los convenios alcanzados mediante

---

<sup>1366</sup> ESTUPIÑÁN CÁCERES (op. cit., p. 1687) pone de manifiesto la ausencia de previsión legal con relación al lugar de la conclusión del contrato cuando se celebra por medio de dispositivos automáticos. En conexión con la regla que la citada autora entiende que rige para fijar el momento de su perfección –teoría de la emisión–, entiende que la postura más lógica sea atender a dicha tesis para determinar el sitio en que se debe entender culminado el proceso formativo, salvo pacto en contrario. Además, en el caso de contratos electrónicos, hemos de acudir al artículo 29 de la LSSI.

<sup>1367</sup> Artículo 29: “Lugar de celebración del contrato”: “*Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios*”.

vías electrónicas descansa únicamente en la condición personal y profesional que ostenten las partes<sup>1368</sup>.

De este modo, si interviene un consumidor o usuario se presumirán concluidos en la circunscripción territorial en la que tenga situada su residencia habitual. En cambio, el axioma se invierte cuando los intervinientes sean empresarios, ya que el legislador presupone que la localización en la que se concluye el acuerdo normalmente se corresponderá con el establecimiento del que asume el rol de prestador de servicios de la sociedad de la información. Además, en ese supuesto confiere expresamente la facultad de que las partes estipulen una previsión diferente. Por último, ambas máximas se configuran con carácter presuntivo, pero en la hipótesis de que ambos intervinientes actúen en el ámbito de su actividad económica contempla explícitamente la eventualidad de que aquéllos pacten otra alternativa<sup>1369</sup>. El hecho de que esa última contingencia sólo se contemple con relación a la contratación entre profesionales suscita la duda de que esté vedada para los consumidores y usuarios.

A pesar de que la regla que incumbe a ese colectivo no reviste carácter imperativo, y, por tanto, parece lógico inferir que estarían legitimados para alterar la máxima legal, su condición de consumidores conduce a la respuesta contraria. El legislador estima que la posición contractual de ese específico grupo es merecedora de un alto grado de protección frente a los oferentes que actúan en el ejercicio de una ocupación mercantil, lo que se acentúa en el contexto de la contratación electrónica. Este propósito tuitivo debería comportar la imposibilidad de que pacten un criterio diferente al legalmente establecido, ya que podrían verse influidos en su perjuicio por la contraparte<sup>1370</sup>. Además, la omisión de dicha eventualidad, en contraposición con la indicación afirmativa para los comerciantes, confirma la negación de la autonomía de las partes en caso de que intervengan consumidores. Por tanto, la conjetura legal se restringiría a la posibilidad de que demostrar que la conclusión se produjo en un lugar diferente al previsto legalmente.

Por su parte, el Consejo de Estado partía de la observación de que la aplicación del artículo 1.262 del Código Civil a la contratación electrónica generaba una patente inseguridad jurídica. El motivo radica en la complejidad de precisar el lugar de celebración de ese tipo de convenios en función del axioma que acoge<sup>1371</sup>. Ante los intentos de determinar el emplazamiento físico en el que se hubiera hecho

---

<sup>1368</sup> ESTUPIÑÁN CÁCERES (op. cit., p. 1687) señala que se advierte el anhelo del legislador por proteger al consumidor todo lo posible.

<sup>1369</sup> ROGEL VIDE, “Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos”, cit., p. 2170.

<sup>1370</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, op. cit., p. 679.

<sup>1371</sup> GONZÁLEZ GOZALO, “La formación ...”, cit., p. 714.

la oferta, se abría un amplio abanico de posibilidades: sede social, página web desde la que se formuló, servidor empleado para remitir la proposición a través del correo electrónico, etc. Además, la dificultad se vería incrementada porque, lógicamente, el destinatario no conocería la localización de varias de esas disyuntivas. Por otro lado, algunas señalaban sitios físicos con escasa trascendencia como punto de conexión a efectos de la delimitación de la normativa aplicable y de la jurisdicción competente. En consecuencia, el citado órgano consultivo analizó dos posibles soluciones para solventar la tesitura planteada.

La primera estribaba en la introducción de una norma que complementase dicho precepto, y, que, por tanto, aclarase donde se debía entender formulada la oferta. En tal sentido, proponía asumir la máxima adoptada por la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la UNCITRAL acerca del lugar en que debe entenderse realizada la oferta, que, acertadamente, se localiza en el establecimiento del oferente<sup>1372</sup>. Por otro lado, un remedio alternativo hubiese consistido en elegir un criterio diferente para los acuerdos celebrados por vías electrónicas, y esta es la opción que, finalmente, decidieron seguir los redactores de la reforma articulada por la LSSI. El precepto proyectado y ratificado persigue favorecer a la parte más débil en un escenario en el que el proponente desempeña la actividad de la prestación de servicios de naturaleza electrónica con carácter habitual<sup>1373</sup>. Asimismo, también pretende establecer un único lugar en el que se deban entender celebrados los contratos cuando sólo intervengan empresarios o profesionales.

Sin embargo, el órgano consultado detectó un conflicto cuando se intentaba coordinar el artículo 30 proyectado y la noción de contrato electrónico recogida en el Anexo de la LSSI. Según la exposición realizada en el Dictamen del Consejo de Estado, la finalidad de dicha propuesta de norma residía en excluir su aplicación con relación a los acuerdos concluidos entre consumidores, así como aquellos convenios celebrados en los específicos *marketplaces*. Estos últimos se caracterizan porque un tercero, que desempeña el papel de prestador de servicios, facilita a los

---

<sup>1372</sup> El Consejo de Estado califica dicha Ley como un texto de referencia, e incluso, un antecedente de la LSSI. Artículo 15, nº 4: “*De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo: a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal; b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual*”.

<sup>1373</sup> PERALES VISCASILLAS (“*Sobre la perfección ...*”, cit., pp. 82 y 83) opina que la regla prevista sobre el lugar de la perfección contractual en los artículos 1.262, nº 2 y 54, nº 1 presenta problemas cuando el acuerdo se celebra entre un empresario y un consumidor, porque si este último actúa en calidad de aceptante, se entendería concluido en el establecimiento del vendedor-oferente. Precisamente, esta situación es la que, a juicio de la autora, originó que la LSSI estableciera reglas especiales en el artículo 29. No obstante, la experta aludida plantea objeciones a la actitud del legislador, absolutamente comprensibles, en la medida en que no se entiende por qué se protege más al consumidor que contrata por vía electrónica, que al que celebra un convenio por otros medios a distancia – v. gr. correo, fax-, en cuyo caso se consideran perfeccionados en el lugar en que se hace la oferta, cuando, normalmente, el proponente será el empresario.

intervinientes el espacio digital y las herramientas tecnológicas para que logren la culminación del acuerdo final. En ambos casos, los redactores de la LSSI estimaban que debía acudirse a la regla recogida en el artículo 1.262 del Código Civil, pero el órgano consultivo opuso en su informe que el objetivo señalado no quedaba cubierto mediante el planteamiento indicado, ni tampoco compartía su propósito último.

De este modo, señalaba que la definición de contratos electrónicos contenida en la LSSI no exigía que una de las partes revistiera la condición de empresario o profesional. Además, no estimaba razonable que los convenios alcanzados entre un consumidor y una persona física que actuase ocasionalmente como prestador de servicios se sometieran al artículo 1.262 del Código Civil, dado que su aplicación a este ámbito de contratación generaba innegables inconvenientes. Por último, aducía que la invocación del artículo 30 proyectado para decidir el punto físico en el que se debían entender concluidos los contratos logrados en escenarios electrónicos ofrecidos profesionalmente por terceros no conllevaba a entender que se hubieran celebrado en el establecimiento del intermediario<sup>1374</sup>. A la vista de tales dificultades, el Consejo de Estado se inclinaba por la primera de las soluciones indicadas, ya que consideraba que esa alternativa se ajustaba a los principios tradicionales asumidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Por otra parte, esa salida también se coordinaba adecuadamente con la aplicación del artículo 1.262 en los restantes contratos celebrados con consumidores ausentes a través de otros instrumentos de comunicación –carta, fax o teléfono-. Por consiguiente, la propuesta formulada por dicho órgano consultivo se hubiese plasmado en la eliminación del proyecto del artículo 30 y su reemplazo por un criterio análogo al acogido por el artículo 1.262, nº 2 del Código de Derecho común, si bien completado con una previsión que permitiera su aplicación a la contratación electrónica en la línea apuntada por la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. En concreto, sugería sustituir la expresión “*por carta*” recogida por la norma mencionada por la locución “*a distancia*”, así como añadir un inciso final que estableciera específicamente que, en la órbita de la contratación electrónica, la oferta debería entenderse realizada en el lugar en el que estuviera establecido su autor.

Como colofón, el órgano consultivo defendía que el remedio sugerido se acomodaba a las normas de conflicto previstas en nuestro sistema jurídico, en la legislación comunitaria y en la regulación de terceros países a fin de atribuir la competencia judicial en materia contractual. A nuestro modo de ver, nada aporta la

---

<sup>1374</sup> No obstante, el Consejo de Estado no dilucida en qué otro lugar podrían considerarse culminados ese tipo de contratos.

mención a las disposiciones comunitarias ya que no observan como punto de conexión el lugar de celebración de los contratos. Sin embargo, las reglas previstas en nuestro ordenamiento para solventar los problemas en la esfera del Derecho interregional acogen dicho criterio<sup>1375</sup>, y, con relación a estados no comunitarios, es habitual que acudan a este tradicional axioma en el Derecho Internacional Privado. Además, el Consejo de Estado consideraba que la solución invocada respetaría el nivel de protección de los consumidores domiciliados en España<sup>1376</sup>. A su juicio, si hubieran realizado en territorio nacional los actos necesarios para la celebración del acuerdo resultante podrían acudir a los juzgados y tribunales españoles<sup>1377</sup>.

Tal y como se desprende del contraste entre la nueva redacción de los preceptos que analizamos y el vigente artículo 29 de la LSSI, los promotores de esta última norma obviaron completamente las recomendaciones formuladas por el Consejo de Estado con relación al sitio donde debe entenderse que acontece la perfección contractual. De este modo, reprodujeron con total fidelidad el inciso final del artículo 1.262, nº 2 del Código de Derecho común, introdujeron dicha previsión en el artículo 54 del Código mercantil, y mantuvieron la redacción propuesta para el artículo 30 proyectado, si bien se alteró su numeración una vez que se suprimió el proyecto del artículo 29<sup>1378</sup>. Sin embargo, debemos destacar que el Consejo de Estado no se pronunció sobre el emplazamiento físico en el que debían entenderse

---

<sup>1375</sup> Artículo 10, nº 5, primer párrafo, del Código Civil: “*Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato*”.

<sup>1376</sup> A tales efectos, el Consejo de Estado alega el artículo 22, nº 3 y 4 de la LOPJ, dado que el citado precepto enumera los casos en que los juzgados y tribunales españoles son competentes. En cuanto al tercer párrafo, hay que destacar que, en materia de obligaciones contractuales, lo serán cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España. Por lo que se refiere al cuarto párrafo, se dedica por completo a los fueros relacionados con los consumidores, de forma que serán competentes cuando “[...] *el comprador tenga su domicilio en España si se trata de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de préstamos destinados a financiar su adquisición; y en el caso de cualquier otro contrato de prestación de servicio o relativo a bienes muebles, cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato; en materia de seguros, cuando el asegurado y asegurador tengan su domicilio habitual en España; y en los litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil, cuando éste se encuentre en territorio español. En materia concursal se estará a lo dispuesto en su ley reguladora*”.

<sup>1377</sup> En este aspecto, el Consejo de Estado invoca el artículo 16 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que establece el domicilio del consumidor como único fuero para determinar la jurisdicción competente para resolver los litigios interpuestos contra un consumidor. Por lo que concierne a la alusión al lugar dónde se hayan realizado los actos necesarios para la conclusión del contrato, debemos acudir al artículo 15 de la misma norma comunitaria, en el que se enumeran los contratos de consumo que quedan sujetos a las previsiones específicas sobre consumidores de dicho reglamento: “*a) cuando se tratare de una venta a plazos de mercaderías; b) cuando se tratare de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes; c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades*”. Esta disposición comunitaria fue derogada y reemplazada por el Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12/12/2012, pero los artículos 17 y 18, que sustituyen a los mencionados, no contemplan ningún cambio en torno a la materia que estamos examinando.

<sup>1378</sup> Hemos de recordar que, como ya expusimos anteriormente, se refería al momento de conclusión de los contratos electrónicos.

concluidos los contratos celebrados a través de dispositivos automáticos, a pesar de haber sido el creador de esa incierta categoría contractual, por lo que dicha actitud resulta inexplicable.

### c. CONCLUSIONES GENERALES

La primera puntualización que hemos de abordar en este epílogo es que la ausencia de cualquier tipo de alusión al sitio en el que se han de entender concluidos los acuerdos para cuya elaboración las partes se reúnen presencialmente obedece a la falta de previsión legal sobre dicho extremo. A nuestro modo de ver, el legislador estimó que dicho supuesto no presentaba ninguna dificultad que requiriese su atención, y debemos mostrar nuestra completa conformidad por lo que concierne al lugar de celebración de tales contratos. De esta forma, en la hipótesis de que los futuros contratantes se hallen reunidos presencialmente, el acuerdo que alcancen deberá considerarse perfeccionado en el emplazamiento en el que conjuntamente hayan logrado dicho resultado. Los escasos autores que han dedicado su atención a este específico asunto distinguen entre los convenios de formación simultánea, que se corresponden con el supuesto que acabamos de plantear, y los de construcción sucesiva.

Para esta última categoría, se remiten a la aplicación analógica de la regla prevista por los artículos 1.262, nº 2 y 54, nº 1 para la contratación *inter absentes*. En nuestra opinión, si se atiende a que la problemática del lugar donde acontece la perfección contractual se proyecta sobre la elección de un emplazamiento físico, y a que, por tanto, correlativamente la respuesta debe descansar en criterios de índole territorial, la situación a la que nos enfrentamos reviste una simplicidad absoluta. De este modo, cuando los intervinientes se sitúen en sitios geográficos diferentes, y sin perjuicio de que puedan gozar de una comunicación prácticamente simultánea de sus respectivas declaraciones de voluntad, la máxima para concretar el lugar en que se deba considerar celebrado el convenio sólo debe valorar la circunstancia de su diferente localización física. A estos efectos, y como hemos indicado anteriormente, se consolida la plena validez de la clasificación que distingue entre contratos *inter praesentes* y entre ausentes.

Por lo que concierne a la regla concreta para estos supuestos, los dos Códigos de Derecho privado reseñados acuden presuntivamente al lugar en el que se hizo la oferta. Parece sencillo inferir que el legislador se inclinó por conferir la preferencia a dicha ubicación dado que la propuesta inicial configurará el contenido del futuro contrato, mientras que la aceptación puede limitarse a una lacónica respuesta

afirmativa<sup>1379</sup>. Sin embargo, esa premisa no conduce exclusivamente a ese concreto punto espacial, sino que también propicia otras alternativas que estimamos más apropiadas<sup>1380</sup>. El lugar en el que se hizo la oferta puede no mantener una conexión relevante con el contrato celebrado, ya que el proponente inicial puede encontrarse circunstancialmente en ese sitio, lo que acontece con mucha frecuencia en la práctica empresarial. Esta eventualidad se ha incrementado a raíz de la irrupción de nuevos medios de comunicación que facilitan la comunicación entre las partes radicadas en distintos emplazamientos, revista o no carácter inmediato<sup>1381</sup>.

A nuestro modo de ver, parece más lógico establecer como punto de referencia un sitio que se relacione directamente con las partes, y, por tanto, que no las sorprenda, ni las incomode. Al fin y a la postre, nos enfrentamos a una ficción jurídica que debe resolverse mediante la ponderación adecuada de los intereses en liza. Por consiguiente, estimamos más adecuado remitirnos al establecimiento comercial o al domicilio del ofertante, en la medida en que asume la iniciativa contractual, y con independencia de que actúe o no en el ejercicio de su ocupación habitual. No obstante, creemos que el sitio en el que debería entenderse celebrado el contrato en los supuestos en los que se vea inmerso un consumidor se debe trasladar hasta la residencia habitual del mismo, en aras del mayor grado de protección que, normalmente, requiere ese tipo de interviniente. Por consiguiente, la solución debe abogar por la elección de una normativa y de un foro jurisdiccional que le resulten conocidos y accesibles sin incurrir en elevados costes<sup>1382</sup>.

Además, las previsiones propuestas no deberían constituirse como mandatos preceptivos, sino que se debería conferir a las partes la posibilidad de demostrar que, pese a la razonabilidad de tales conjeturas, la celebración del contrato se localizó en un emplazamiento diferente. Asimismo, se debería posibilitar que los

---

<sup>1379</sup> COCA PAYERAS, op. cit., 454; CLEMENTE MEORO, op. cit., pp. 82 y 83; y DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos ...”, cit., p. 373.

<sup>1380</sup> GONZÁLEZ GOZALO (“La formación ...”, cit., p. 714) entiende que el lugar en que se hizo la oferta puede corresponderse con aquél en que se emitió o, en cambio, con el sitio desde el que se expidió, y, si bien, normalmente, coincidirán, puede ocurrir que no sea así, por lo que habría que decantarse por la localización indicada en la oferta, y, en su defecto, por el de su expedición. Asimismo, cuando la conexión del sitio de la emisión y de la expedición sea circunstancial, sería razonable recurrir al emplazamiento donde radique el establecimiento o el domicilio del oferente, en función de que ostente la condición de empresario o no. En opinión del citado autor, la regla contenida en el artículo 1.262, nº 2 contiene una presunción *iuris tantum*, en defecto de previsión expresa por las partes, cuyo sentido estriba en que conduzca a soluciones que los intervinientes puedan esperar.

<sup>1381</sup> ARRIALLAGA (op. cit., pp. 64 y 65) matiza que el contrato debería presumirse celebrado en el sitio en que el oferente toma noticia de la aceptación, si es un lugar diferente a aquel en que se hizo la oferta.

<sup>1382</sup> MARTÍNEZ MATESANZ y RUIZ MUÑOZ (op. cit., p. 30) ponen de relieve que el concepto de consumidor es más amplio en el ordenamiento jurídico que en el ámbito comunitario, ya que la legislación española engloba a las personas jurídicas, quizá, a juicio de dichos autores, para poder extender la protección a entidades sin ánimo de lucro. Asimismo, estos expertos apuntan que pudiera surgir la paradoja de que un sujeto no revista la condición de consumidor desde la perspectiva de la legislación tuitiva de ese colectivo, pero sí desde el punto de vista de la contratación electrónica. Consideran que, probablemente, no aparezcan excesivos conflictos de leyes, pero pueden adquirir relevancia en orden a la determinación de la ley aplicable en función del artículo 29 de la LSSI.

intervinientes que actúen en el desarrollo de su actividad económica pacten una regla diferente, dado que se puede aventurar un mayor equilibrio entre las respectivas posiciones contractuales. Tal y como hemos expuesto, el legislador seleccionó para los contratos electrónicos un criterio que respeta los razonamientos que acabamos de preconizar para todos los contratos celebrados entre personas alejadas físicamente, y, por tanto, atiende a la condición personal o profesional de las partes. Sin embargo, sólo valora la intervención de consumidores y empresarios, por lo que, en el caso de que los participantes sean particulares, nos vemos abocados a recurrir analógicamente a la regla del artículo 1.262, nº 2 del Código Civil<sup>1383</sup>.

En esa hipótesis, hemos de remitirnos a las reflexiones en torno a su inaptitud para solventar adecuadamente la situación, y a las incongruencias señaladas acerca de la posible falta de vinculación del sitio en el que se formula la oferta con el acuerdo que celebren las partes. En consecuencia, insistimos en la aplicación de la solución que hemos propuesto para todos los supuestos de contratación *inter absentes*, por lo que afectaría a consumidores, empresarios o profesionales y particulares. En cuanto a los acuerdos con valor contractual concluidos a través de *dispositivos automáticos*, pusimos de relieve la omisión de un axioma específico para esta nueva tipología contractual. Por consiguiente, a nuestro juicio, hemos de distinguir, con carácter inicial, si, además, pueden calificarse o no como contratos electrónicos. En caso de respuesta afirmativa, resultará de aplicación el mencionado artículo 29 de la LSSI, y, a efectos de evitar reiteraciones, nos remitimos a las consideraciones formuladas anteriormente<sup>1384</sup>.

En cambio, si los dispositivos automáticos no se apoyan en una tecnología electrónica, deberemos acudir al criterio previsto en el artículo 1.262, nº 2 del Código Civil, y, por tanto, a la presunción del lugar en que se hizo la oferta. Por consiguiente, nos vemos obligados a reiterar las dificultades existentes para concretar el lugar en que se hizo la oferta en ciertos supuestos, como la contratación telefónica automatizada: dónde se graban las locuciones telefónicas, dónde se almacenan, etc. Además, en otras hipótesis -v. gr. las ventas automáticas-, se evidencia una completa ausencia de conexión de las transacciones concluidas con el emplazamiento en el que debemos entender realizada la propuesta inicial. En conclusión, hemos de insistir en el acierto del punto de conexión que hemos ofrecido

---

<sup>1383</sup> GONZÁLEZ GOZALO (“La formación ...”, cit., p. 714) señala que, en tal caso, el inconveniente estriba en precisar el lugar en que se hizo la oferta, y las opciones que plantea son el lugar desde que se pone en línea el mensaje que contiene la oferta o el lugar dónde radica el servidor desde el que se transmite dicha propuesta. En términos similares, CLEMENTE MEORO, op. cit., p. 83 y CUADRADO PÉREZ, “Oferta, aceptación ...”, cit., p. 350.

<sup>1384</sup> GONZÁLEZ GOZALO (“La formación ...”, cit., p. 714) señala que si ninguna de las partes es empresario o consumidor, también se debería aplicar por analogía la regla del artículo 1.262, nº 2, aunque, normalmente, el oferente revestirá la condición de empresario o profesional, por cuanto no será frecuente que un particular establezca un sistema automático de contratación.



para todo tipo de acuerdos celebrados entre sujetos separados materialmente, y, de nuevo, en la idoneidad de la solución que hemos ofrecido: establecimiento o domicilio del ofertante con carácter presuntivo.

## **2. PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

A diferencia de los textos de Derecho Uniforme en los que se inspira, la Propuesta de Modernización objeto de nuestra investigación recopila en un precepto específico los criterios mediante los que podemos llegar a determinar el lugar en el que se deben entender celebrados los contratos<sup>1385</sup>. En concreto, el artículo 1.258 contempla dos axiomas habitualmente empleados. El primero reproduce el punto de conexión clásico en nuestro ordenamiento jurídico para precisar el emplazamiento físico donde acontece la perfección contractual entre personas situadas en lugares diferentes, esto es, el sitio en el que se hizo la oferta. Además, también se formula con carácter presuntivo. Sin embargo, la regla general anterior se vería reemplazada por otra especial cuando concurriesen conjuntamente dos circunstancias: que el futuro acuerdo se califique como un contrato a distancia y que uno de los intervinientes ostente la condición personal de consumidor. En tal caso, se presumirá celebrado donde radique la residencia habitual de dicho usuario.

Por lo que concierne a la máxima principal, se acogió en la versión primigenia del Código Civil para todos los convenios alcanzados entre personas alejadas geográficamente, aunque se circunscribía literalmente al uso de la correspondencia postal. La validez de dicho criterio se mantuvo incólume desde la promulgación de dicho cuerpo legislativo hasta la aprobación de la LSSI en 2002, a pesar de que algunos autores propusieron trasladarlo hacia el lugar en el que se emite la aceptación a raíz de los adelantos tecnológicos que posibilitaron la transmisión simultánea de las declaraciones de voluntad. Tal y como hemos tenido ocasión de exponer anteriormente, el argumento en que se sustentaba dicha modificación era la supuesta equiparación de la relación entablada con la contratación entre presentes. Asimismo, la reforma operada por la LSSI consolidó la eficacia de la regla general para todas las hipótesis en las que los sujetos implicados en la construcción del contrato se hallasen separados físicamente<sup>1386</sup>.

---

<sup>1385</sup> GARCÍA-GRANERO COLOMER (op. cit., pp. 466 y 467) explica que el grupo de trabajo que afrontó la regulación de la perfección contractual durante la elaboración de la Convención de Viena de 1980 consideró que el artículo 23 no debía regular el lugar de perfección debido a las posturas enfrentadas con relación a ese aspecto. De este modo, un sector entendía que se determinaba en función del momento en que aconteciera dicha contingencia, mientras otro consideraba que no resultaba conveniente el automatismo derivado de la fijación de dicho extremo en una norma concreta.

<sup>1386</sup> PARRA LUCÁN (op. cit., p. 98) también opina que mantiene el criterio del artículo 1.262, nº 2 del Código Civil, y que esta opción tiene en cuenta que el contrato se perfecciona cuando el oferente conoce la aceptación. Además, la citada autora entiende que es más realista que la que fija como lugar del contrato donde se emite la aceptación, porque el contenido contractual se contiene en la oferta que el eventual aceptante se limitará a asentar.

Además, la citada norma suprimió toda mención a medios de comunicación, y se extendió su aplicación al ámbito mercantil, por lo que se eliminó cualquier debate sobre el alcance de este axioma. En la actualidad es el criterio imperante en la esfera civil y mercantil, y en el caso de que prosperase la Propuesta de Modernización, se consolidaría su primacía con carácter prácticamente indefinido<sup>1387</sup>. Igualmente, esa preeminencia no se ve afectada por la previsión en ciertas normas sectoriales de otros axiomas para concretar la normativa aplicable y la jurisdicción competente. A nuestro modo de ver, esa opción se justifica en la oportunidad de ponderar de forma adecuada los intereses en juego en determinadas relaciones contractuales. No obstante, el análisis de las desviaciones de la regla general nos aproxima a la conclusión de que, en la mayoría de las ocasiones, esas modificaciones responden a la conveniencia de amparar la posición contractual de la parte que se estima más débil en la negociación y conclusión contractual.

Por consiguiente, en el caso de que intervenga un consumidor o usuario, la necesidad de su tutela frente al que actúa en el ejercicio de su actividad económica conduce al legislador a entender celebrados tales contratos en el sitio en que se localiza el domicilio habitual del primero. En esta dirección podemos situar las previsiones contenidas en el artículo 29 de la LSSI para los contratos electrónicos. También parece indiscutible que el criterio específico que introducen los redactores de la Propuesta de Modernización se incardina en la misma filosofía. De este modo, el artículo 1.258 proyectado vincula la participación del consumidor a la fijación del lugar de celebración del contrato en donde radique su residencia habitual, lo que claramente obedece a la salvaguarda de los intereses de aquél. En nuestra opinión, se ha convertido en un principio que informa la normativa comunitaria, y, por tanto, los ordenamientos de los países de nuestro entorno, si bien la iniciativa de la protección del colectivo mencionado ha de atribuirse al legislador europeo.

En consonancia con dicho axioma, los reglamentos comunitarios que se han ocupado de compendiar los criterios para determinar, entre otros extremos, la competencia judicial en la órbita civil y mercantil dentro del espacio comunitario prevén una regulación específica para los contratos celebrados por consumidores<sup>1388</sup>. El objetivo de tales previsiones consiste en exceptuar a dichos

---

<sup>1387</sup> El borrador de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil también afronta el tema del lugar donde debe entenderse perfeccionado el contrato y adopta las mismas reglas que la Propuesta de Modernización del Código Civil –art. 522-14, n° 1 y 2-.

<sup>1388</sup> Nos referimos al Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12/12/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que derogó al Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000. Cfr. MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Aplicación de

sujetos de la aplicación de las pautas generales y conferirles otras normas de competencia que les resulten más favorables a sus intereses, en la medida en que se estima que son merecedores de mayor protección<sup>1389</sup>. A tales efectos, las disposiciones comunitarias han avanzado un paso más que la legislación nacional, y han eliminado el punto de conexión referido al lugar de celebración de los contratos. En su lugar, establecen directamente la atribución de la competencia judicial para el conocimiento de las contiendas derivadas de los contratos de consumo a determinados órganos jurisdiccionales en función de la parte que entable el litigio.

De este modo, en el supuesto de que el consumidor interponga la acción que inicie el pleito, éste podrá elegir entre los tribunales correspondientes al lugar en que esté domiciliado y los del Estado miembro en el que radique el domicilio de la contraparte. En cambio, si el proceso obedece a la iniciativa del profesional, éste sólo podrá acudir a los órganos judiciales del Estado miembro en que esté domiciliado el consumidor. Obviamente, estas máximas benefician a este último, por cuanto, al menos, no tendrá que desplazarse o delegar en otra persona para acudir a los llamamientos judiciales, con el consiguiente ahorro en costes. Por lo que concierne a la legislación que debe resolver la controversia judicial, y que, por consiguiente, es la que regirá el contrato litigioso, los reglamentos comunitarios contienen un régimen exclusivo para los contratos de consumo. No obstante, su lectura arroja la exigencia de que tales convenios deben reunir características precisas para que se pueda invocar esa regulación especial<sup>1390</sup>.

En caso contrario, la legislación que resulte de aplicación al contrato se decidirá según las reglas generales previstas para cualquier otro tipo de contrato, en cuyo caso primaría la voluntad de las partes<sup>1391</sup>. Además, se confiere un alto grado de autonomía a los contratantes, dado que se les permite elegir la ley aplicable al acuerdo que alcancen pese a la intervención de un consumidor. Pese a ello, también se respeta un principio tradicional en el Derecho internacional privado. En consecuencia, el pacto sobre la legislación a la que se ha de sujetar el contrato no impedirá la preceptiva observación de las leyes tuitivas que se hubiesen aplicado si el ordenamiento jurídico designado se hubiera determinado según las pautas

---

las normas comunitarias sobre competencia judicial a los contratos de consumo electrónicos: Interpretación de la art. 15.1.C del Reglamento 44/2001”, VVAA *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porriúa*, Directores JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., Universidad de Sevilla y Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 669 a 680.

<sup>1389</sup> Considerandos (14) y (18) del Reglamento (UE) 1215/2012.

<sup>1390</sup> El artículo 17, nº 1 del Reglamento 1215/2012 reproduce el artículo 15, nº 1 del Reglamento (CE), al que ya nos referimos anteriormente, y cuyo tenor transcribimos.

<sup>1391</sup> Sin embargo, de acuerdo al Considerando 19 del Reglamento (UE) 1215/2012, se confiere autonomía limitada en los contratos con consumidores para elegir el órgano judicial competente.

específicas. Por tanto, la Propuesta de Modernización se compagina inicialmente con el planteamiento del legislador comunitario, ya que contempla una regla general y una disposición específica para los consumidores a efectos de determinar la normativa aplicable y los órganos jurisdiccionales competentes.

En este sentido, la postura de dicha Propuesta podría calificarse adecuada, sin embargo no entendemos que resulten apropiados los pasos subsiguientes. Tal y como hemos manifestado, no compartimos la máxima principal que sostienen, para lo cual nos remitimos a los argumentos que hemos desarrollado anteriormente. No obstante, hemos de insistir en este desacuerdo, ya que el legislador español y el proyecto legislativo objeto de nuestra investigación persisten en mantener el punto de conexión relativo al lugar de celebración. Sin embargo, su utilización encierra serias dificultades, y debería producirse su sustitución por otros criterios que se adaptan a las situaciones, y, por tanto, ofrecen una respuesta adecuada. En esta dirección, se puede observar en nuestro ordenamiento la sucesiva incorporación en diversas leyes sectoriales de criterios para la designación de la normativa aplicable o de la jurisdicción competente que ponderan las particularidades del supuesto de hecho y la condición personal de los intervinientes<sup>1392</sup>.

A nuestro juicio, esa opción legislativa resuelve acertadamente tales incógnitas, y se incardina en la óptica adoptada por la normativa comunitaria<sup>1393</sup>. Asimismo, tampoco creemos que se pueda objetar que la regla general prevista para la contratación *inter absentes* se dirige a facilitar un principio para resolver variadas hipótesis, y, por tanto, se pueda excusar su separación de la tendencia actual. Igualmente debemos reprobar que la Propuesta de Modernización restrinja el axioma específico para los consumidores exclusivamente a los contratos *a distancia*. Con relación a esta limitación, se percibe la conveniencia de incrementar la protección de los consumidores cuando medie una separación física con el oferente. A efectos de ponderar dicha finalidad, debemos recurrir de nuevo a la Ley de Ordenación de Comercio Minorista, en la que, como apuntamos anteriormente, se introdujo un tipo de contratación que recibió esa denominación, y que, además, se encuadró dentro del género de las calificadas ventas especiales<sup>1394</sup>.

Esta preocupación la comparte, lógicamente, con su homólogo europeo, pero se evidencia su prematura inquietud a raíz de la promulgación de la citada norma con breve antelación a la Directiva comunitaria dirigida a la tutela de los

---

<sup>1392</sup> Seguros, transporte o trabajadores.

<sup>1393</sup> El mejor ejemplo son los reglamentos comunitarios reseñados en la investigación, si bien estos condensan varios criterios sectoriales, por cuanto son compendios de previsiones de derecho internacional privado.

<sup>1394</sup> La regulación de las ventas a distancia se ha trasladado en bloque al TRLGDCU, y sólo subsiste una norma en la que se recoge el concepto de ventas a distancia –art. 38–, a raíz de la Ley 3/2014, citada anteriormente.

consumidores en la contratación a distancia<sup>1395</sup>. La defensa de este colectivo se asienta, básicamente, en la puesta a disposición de toda la información pertinente para preservar la integridad del consentimiento contractual, en la concesión del derecho a arrepentirse de la aceptación emitida, y en la observancia de requisitos formales. La protección de este tipo de intervinientes en este específico campo de la contratación se ha consolidado a través de la posterior aprobación de normas comunitarias y nacionales. No obstante, esas disposiciones legislativas se centran en el aspecto sustantivo del régimen de dicha modalidad de contratación, por lo que no prevén un punto de conexión para delimitar la legislación aplicable y los tribunales competentes<sup>1396</sup>.

Consideramos lógica y apropiada esa alternativa siempre que la solución de esos dos extremos se trasladen hacia la regulación de las normas de conflicto, tal y como hemos visto que ocurre en el ámbito comunitario. Ahora bien, hemos de destacar que los reglamentos comunitarios reseñados contemplan un criterio general para todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, y no lo acotan a los que celebren a distancia. Sin embargo, en nuestro ordenamiento actual se contempla una regla general para la contratación entre sujetos ubicados en sitios diferentes, que no atiende a la condición personal de los intervinientes, pero no se establece una máxima específica para la modalidad que examinamos<sup>1397</sup>. A nuestro modo de ver, parece natural colegir que los redactores de la Propuesta de Modernización pretenden reforzar la protección de los consumidores a través de la incorporación en el Código Civil de un axioma dirigido a paliar esa omisión.

Sin embargo, creemos que esa loable aspiración sólo podrá alcanzarse plenamente mediante la incorporación en el Código de Derecho común de una pauta general que conecte todo conflicto en que pueda verse inmerso el consumidor a causa de cualquier tipo de acuerdo que celebre con la legislación y la jurisdicción que se correspondan con su residencia habitual<sup>1398</sup>. Asimismo, creemos que el sitio idóneo para la inclusión de un criterio genérico que abarque todos los contratos de consumo sin ninguna otra clase de distinción es el Código Civil, en cuanto que se caracteriza por ser un compendio de principios generales, como el que sugerimos. Además, consideramos que debe integrarse en la parte general dedicada a la formación contractual, por cuanto se configura como un canon aplicable a cualquier

---

<sup>1395</sup> Esa premura motivó la necesidad de subsiguientes reformas para ajustar la norma nacional a la Directiva dictada en la materia, que fue derogada por la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores.

<sup>1396</sup> Salvo la novedosa excepción del artículo 67 del TRLGDCU, que se refiere a las normas de derecho internacional privado en cuanto a la normativa aplicable.

<sup>1397</sup> Como salvedad, sí se contempla el lugar de celebración de los contratos celebrados por vías electrónicas en la LSSI, en función de la condición personal de los intervinientes, pero sería conveniente que eludiese la mención de dicho punto de conexión, y estableciese la distinción directamente según la naturaleza de los futuros contratantes.

<sup>1398</sup> El concepto de residencia es más amplio que el de domicilio.

convenio en que intervenga un consumidor. En conclusión, no creemos acertado la visión de la Propuesta de Modernización sobre la regulación del lugar de perfección de los contratos de consumo, dado que se vincula al lugar de su celebración.

La única explicación plausible que justifica la limitación de la regla específica para los consumidores a los contratos *a distancia* es que se recoge en un proyecto de precepto en el que se contiene el tradicional axioma relativo a la contratación entre ausentes. Por otro lado, uno de los objetivos de la citada Propuesta es la integración del núcleo sustancial de las normas del Derecho de consumo en un cuerpo legislativo con vocación de universalidad como el Código Civil. Por consiguiente, se restringirían las remisiones a leyes especiales únicamente para la regulación de los aspectos casuísticos. Esta postura corregiría la actual dispersión y la falta de coordinación entre las diversas leyes nacionales elaboradas para la transposición de las directivas comunitarias dictadas sobre consumidores. Este novedoso diseño, iniciado por el ordenamiento alemán, se plasma en la pretensión de la Propuesta de Modernización de incorporar al Código Civil las normas básicas de tres tipos de contratos concluidos por los consumidores<sup>1399</sup>.

A nuestro modo de ver, el establecimiento de un nuevo punto de conexión para los contratos de consumo *a distancia* por la Propuesta de Modernización, contribuye a segmentar la tutela de ese colectivo, por cuanto se debe sumar a otros criterios establecidos en leyes sectoriales<sup>1400</sup>. Además, no posee ninguna especialidad que respalde su explícita previsión, dado que la orientación en este concreto aspecto es la designación de la residencia o del domicilio habitual del consumidor. Asimismo, la postura seguida no se compadece con los positivos diseños que los redactores de la Propuesta de Modernización afirman que presiden la misma. Por consiguiente, reiteramos que estimamos sumamente conveniente que la citada Propuesta contemple un principio general para los contratos de consumo, que abandone la conexión con el lugar de celebración, y que se vincule directamente a la residencia habitual del contratante más débil en aras de su protección.

---

<sup>1399</sup> En concreto, los celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, a distancia, y los electrónicos.

<sup>1400</sup> La Propuesta de Modernización del Código Civil no prevé la derogación del artículo 29 de la LSSI, por lo que el punto de conexión para los contratos electrónicos celebrados por los consumidores sigue vigente, y, sería el mismo que el contempla la Propuesta para los contratos a distancia, cuando, normalmente, los contratos electrónicos se celebran a distancia, lo que, por tanto, parece una duplicidad.

## CONCLUSIONES

### I

La institución del contrato se ha visto afectada por nuevas tendencias en la esfera del Derecho contractual que han supuesto un nuevo impulso para la misma, de modo que no sólo han frenado las disquisiciones doctrinales sobre la denominada y controvertida *crisis de la dogmática del contrato*, sino que han asentado e incrementado la trascendencia de dicha figura. Las vicisitudes económicas, así como las transformaciones sociales y políticas que el mundo occidental ha experimentado desde el último tercio del siglo pasado han propiciado que se vuelva a emplazar la categoría del contrato en el epicentro del anhelado desarrollo económico sostenido.

En esta dirección, la revolución tecnológica ha significado un magnífico acicate para la expansión de los acuerdos obligacionales, dado que ha permitido que los sujetos entablen relaciones vinculantes con personas que radiquen en cualquier parte del mundo. La verdadera dimensión de este fenómeno no se aprecia en la intensificación de los nexos empresariales, sino en la expansión de lazos jurídicos en los que los intervinientes ostentan la condición de particulares, o bien sólo uno de ellos. Una de las consecuencias de la profunda evolución en la que seguimos inmersos ha sido la irrupción de un nuevo protagonista, el consumidor o usuario, cuya relevancia se ha consolidado indiscutiblemente en el panorama legislativo.

La suma de los diversos factores apuntados ha conducido a afirmar la conveniencia de facilitar la celebración de contratos, junto a la conservación de los mismos, ya que conllevarían el fomento del crecimiento económico y del empleo. De forma paralela se ha sentido la necesidad de proteger al contratante que ostenta una posición jurídica más débil, tarea acometida por el legislador comunitario y el nacional. Por tanto, el escenario frente al que se sitúa la Propuesta de Modernización del Código Civil se caracteriza por su complejidad, y por la tensión entre esas dos orientaciones nacidas para ofrecer respuestas ante los nuevos retos. El punto de partida de la citada Propuesta se identifica claramente con el favorecimiento de la contratación, pero en coordinación con la tutela de los consumidores.

### II

La complejidad de los cambios advertidos hasta este momento ha devenido en el surgimiento de dos corrientes en el seno del Derecho de contratos que, en principio, pueden calificarse de signo contrario. Por un lado, observamos un

movimiento que se inclina claramente hacia la mercantilización, lo que se plasma en la imitación de los principios y de los remedios contemplados en el ámbito mercantil por las normas generales de obligaciones y contratos. Por otra parte, se reconoce una propensión hacia la socialización, que se concreta en una política legislativa protectora de las relaciones de consumo. La consecución de esa finalidad se ha logrado mediante un amplio catálogo de preceptos imperativos que contienen específicos mecanismos de defensa del colectivo de los consumidores.

La Propuesta de Modernización del Código Civil no es ajena al influjo de las dos corrientes indicadas, y contempla normas que responden a ambas inclinaciones. Las disposiciones que pergeñan la reforma de la teoría general del contrato se incardinan en la primera de dichas opciones, y ofrecen una regulación completa del *iter* contractual. Además, introduce el núcleo sustancial de la legislación tuitiva de los consumidores en el seno del Código Civil, a fin de paliar la actual dispersión normativa debida a la transposición de las directivas europeas mediante leyes especiales. La conciliación de tales orientaciones en la Propuesta de Modernización lograría devolver al Código Civil su papel vertebrador del ordenamiento jurídico. No obstante, hemos detectado ciertas discordancias que demandan una solución que coordine en mayor medida ambos caminos.

Sin embargo, la absorción de instituciones y máximas que, tradicionalmente, se han calificado propios del terreno mercantil por el Derecho civil no se puede equiparar a su pérdida de identidad. Por el contrario, evidencia una olvidada faceta de ese movimiento que se define por la generalización y objetivación del Derecho mercantil. La extendida utilización de figuras características del campo empresarial o comercial por personas que no responden a dicha condición ha provocado que esas categorías y los principios que las sustentan se trasladen hacia una disciplina omnicomprendensiva. Por tanto, el Derecho civil ha consolidado su presencia mediante el acogimiento de figuras y axiomas que han perdido su especificidad mercantil, lo que se refleja en la Propuesta de Modernización del Código Civil –vid. *battle of forms* o la confirmación escrita entre comerciantes o profesionales–.

### III

El seguimiento de la tendencia hacia la comercialización del Derecho civil por parte de la Propuesta de Modernización objeto de nuestra investigación también se ha querido constatar a través de la elección de los instrumentos normativos en que se inspira. El texto que ejerció una influencia trascendental en los redactores de la Propuesta de Modernización del Código Civil es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, de la que nuestro país forma parte desde hace



más de veinte años. Asimismo, se valora como uno de los exponentes más sobresalientes del renovado empuje experimentado por el Derecho Uniforme del Comercio Internacional.

Desde una perspectiva clásica, el ámbito objetivo y el subjetivo de la Convención de Viena de 1980 la sitúan dentro de la esfera mercantil. En cambio, una de las características de la Convención vienesa es que prescinde de la distinción entre el Derecho civil y el mercantil, al igual que numerosos países de diversas culturas jurídicas. No obstante, la verdadera innovación que acometió fue la combinación de los principios que informan los dos grandes sistemas jurídicos imperantes, el *Civil* y el *Common Law*. Lógicamente, supuso una profunda revisión de los esquemas existentes en el campo de las obligaciones y contratos. La dificultad de lograr el consenso necesario para aprobar textos internacionales de carácter vinculante ha motivado la creciente importancia alcanzada por el *soft law*.

Los textos que se enmarcan en ese reciente acontecimiento jurídico persiguen elaborar un compendio de criterios procedentes de las dos tradiciones jurídicas dominantes, a fin de permitir su aplicación por los países encuadrados en ambas orientaciones. La Propuesta de Modernización del Código Civil se ha servido de dos de los ejemplos paradigmáticos de este fenómeno como referentes para las modificaciones que contempla, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales y los Principios de Derecho Contractual Europeo. A pesar de las posibles diferencias a causa de los objetivos concretos que pretenden, hemos de destacar la afinidad de su planteamiento, y, en especial, la armonización de las dos concepciones jurídicas mencionadas y la eliminación de las barreras entre la órbita civil y mercantil.

#### IV

En nuestro país, la necesidad de la renovación del Derecho de obligaciones y contratos y la oportunidad de la armonización de la normativa civil y mercantil han sido puestas de relieve por un nutrido y reputado sector doctrinal en ambas ramas, lo que ha generado un intenso debate irresoluto. La regulación que comprende el Código Civil en torno a las obligaciones y contratos se ha mantenido casi incólume desde la promulgación de dicho cuerpo legislativo, pese a haber experimentado una profunda evolución, que se ha materializado en normas sectoriales. Además, es notoriamente insuficiente en destacados aspectos, y, en lo que concierne al proceso de formación del contrato, prácticamente es inexistente, dado que sólo contiene menciones aisladas e inconexas.

La Propuesta de Modernización del Código Civil pretende, entre otras finalidades, colmar la laguna relativa a la génesis contractual, lo que, sin duda

alguna, es una finalidad necesaria, y, a nuestro modo de ver, conseguida. Esa etapa contractual ha adquirido una importancia crucial gracias a sus repercusiones jurídicas y reales. La concepción del legislador decimonónico suponía un escenario en el que las partes, en plano de igualdad, discutían presencialmente y de forma inmediata los puntos relevantes del futuro acuerdo obligatorio, por lo que no contempló la fase anterior a la perfección contractual. Dicha premisa de partida era errónea a finales del siglo XIX, y todos los sucesos y cambios ocurridos durante el prolongado lapso temporal transcurrido han corroborado la ineptitud de la misma.

En consecuencia, los textos que han influido en la elaboración de la Propuesta de Modernización contienen una completa regulación de la vida del contrato, lo que abarca un pormenorizado detalle del proceso previo a su conclusión. Sin embargo, a pesar de las incesantes transformaciones, la citada Propuesta de Modernización y todos sus precursores reiteran el esquema bilateral clásico del nacimiento del contrato mediante la concurrencia de la oferta y la aceptación. Los Principios Unidroit añaden la eventualidad de tal surgimiento en virtud de la conducta de las partes, y los PECL y la Propuesta de Modernización asumen la posibilidad de otros cauces. No obstante esas contingencias, la estructura de la construcción del contrato gravita sobre el patrón tradicional, que se aplicará analógicamente a las demás alternativas.

## V

El favorecimiento de la conclusión de los contratos que impregna la Propuesta de Modernización es un reflejo parcial de la perspectiva adoptada por la Convención de Viena de 1980, por lo que la extensión de dicho principio es más limitada que en los otros dos precursores posteriores al texto vienés. Esta nueva visión ha provocado la relajación de los requisitos tradicionalmente requeridos a la proposición contractual inicial. Se observa nítidamente la flexibilización del aspecto objetivo de la primera declaración de voluntad en los tres antecesores de la Propuesta, dado que la completitud de la oferta se ha sustituido por la suficiente precisión de la misma. Sin embargo, este giro se acoge modestamente en la Convención vienesa, y con mayor expansión en los Principios Unidroit y en los PECL.

La Convención de Viena de 1980, a diferencia de los otros dos antecesores, enumera las menciones inexcusables para que la propuesta primigenia pueda calificarse como completa: las mercaderías, la cantidad de éstas y su precio. Estas dos últimas indicaciones pueden delimitarse expresa o tácitamente, y a través de otros medios. No obstante la exigencia anterior, el texto vienés también permite que la oferta no prevea la contraprestación pecuniaria, ni los criterios para delimitarla,

por cuanto contempla los axiomas adecuados para integrar ese vacío. Esta patente contradicción no se reproduce en los otros dos precursores, ya que no demandan indicaciones ineludibles, pero incomprensiblemente se repite en la Propuesta de Modernización.

Desafortunadamente, la posición adoptada por la citada Propuesta en este específico aspecto del proceso formativo del contrato es confusa y equívoca. De este modo, en lugar de recurrir al novedoso criterio de la precisión de la oferta, perpetúa la exigencia de que la proposición primitiva contemple los elementos necesarios del contrato, en consonancia con la postura tradicional de la doctrina y jurisprudencia imperante en nuestro país. Sin embargo, no delimita en modo alguno esos componentes indefectibles, a diferencia del Código Civil vigente y de la Convención de Viena de 1980. Además, contempla pautas para concretar el precio en el supuesto de que las partes no lo estipulen, ni tampoco las reglas para fijarlo *a posteriori*. Por tanto, uno de los tradicionales integrantes imprescindibles de la oferta perdería dicha condición.

En conclusión, la Propuesta de Modernización del Código Civil no sigue el camino emprendido por ninguno de sus antecesores, sino que elige su propia senda. Sin embargo, dicha opción es inexplicablemente desacertada, dado que pretende compaginar ciertas premisas propias de la visión clásica española con el punto de vista adoptado por la Convención de Viena de 1980 -que constituye un *tertium genus* entre la óptica tradicional y la innovadora que defienden los Principios Unidroit y los PECL-. Por tanto, el resultado final es complejo y contradictorio, y la flexibilización del aspecto material de la oferta sólo se aprecia con relación al precio. A nuestro juicio, debería inclinarse por una de las alternativas existentes, y, en concreto, por la posición de los predecesores más contemporáneos.

## VI

La vertiente subjetiva de la oferta también se ha visto afectada por el proceso de relajación surgido a consecuencia de la facilitación de la contratación, si bien dicha evolución no ha alcanzado las mismas cotas de desarrollo en todos los textos analizados en nuestra investigación. Con relación a la iniciativa contractual, tradicionalmente se ha venido exigiendo que esa declaración fuera seria y definitiva, dado que tal actitud evidenciaría la decidida intención de su autor de celebrar el contrato en caso de que recaiga la aceptación. La Propuesta de Modernización del Código Civil exige, en consonancia con nuestro Derecho histórico, así como con la doctrina y la jurisprudencia, que la proposición inicial revele la voluntad del oferente de obligarse, pero no contiene criterios para discernir el concurso de tal circunstancia.

Además, se corresponde con las previsiones contempladas a tal efecto por la Convención de Viena de 1980 y por los Principios Unidroit, los cuales tampoco prevén pauta alguna para evaluar la concurrencia de este trascendental requisito. Los PECL aluden implícitamente a esta contingencia, pero exigen con total claridad la voluntad de las partes para obligarse legalmente como una de las dos condiciones inexcusables para la conclusión del contrato. No obstante, la diferencia significativa estriba en que suministran un canon específico para dilucidar la presencia de la intención contractual de las partes. Este criterio particular nos remite a evaluar las declaraciones o la conducta de los intervinientes, pero tal y como fueron razonablemente entendidas por la contraparte.

Esta novedosa pauta exegética pone de relieve la importancia adquirida por los actos de las partes como cauce para expresar el propósito contractual, y que no se circunscribe a la actuación del eventual aceptante. Asimismo, se decanta por la teoría de la declaración, y, por tanto, por una tendencia interpretativa de carácter objetivo, dado que confiere la preeminencia a la manifestación exteriorizada frente a la voluntad interna. Por tanto, uno de los intervinientes podrá quedar obligado a consecuencia de la declaración formulada o de la actuación realizada, aunque realmente no haya tenido esa intención. Además, la fuerza vinculante de la manifestación de voluntad dependerá del significado razonable que le atribuya la contraparte, y no del sentido usual de aquélla, ni de la interpretación que haría una persona de similar condición en idéntica coyuntura.

## VII

La Propuesta de Modernización del Código Civil reclama que la proposición contractual primitiva se dirija a una o varias personas determinadas para que pueda calificarse como oferta en sentido técnico-jurídico. En caso contrario, se presume *iuris tantum* que se configura como una mera *invitatio ad offerendum*. Por tanto, *a priori*, la Propuesta de Modernización excluye las ofertas encaminadas al público de la consideración de propuesta contractual, si bien constituye una regla presuntiva que puede destruirse. Esta posición responde exclusivamente a la imitación del posicionamiento adoptado por la Convención de Viena de 1980, lo que, como ocurre en el presente caso, no siempre resulta acertado, dado el diferente ámbito de aplicación de ambas, tanto en el plano objetivo como subjetivo.

La opción de la Propuesta de Modernización se contrapone a la solución que nuestra dogmática jurídica clásica confiere a este tema, y contradice la orientación de política legislativa asumida en diversos textos de nuestro ordenamiento jurídico, gracias a la labor de la jurisprudencia y de la doctrina. Además, tampoco se corresponde con la visión adoptada por los demás precursores de la citada

Propuesta. En consecuencia, la convicción mayoritaria considera que no resulta preciso que en la oferta se concreten *ab initio* los receptores de la misma. Por tanto, se admite que el oferente dirija su proposición al público en general, o a un grupo de personas indeterminadas, y que los destinatarios se concreten en el momento en que contesten aceptando la oferta, ya sea de acuerdo a los términos de la oferta ya sea en función del medio a través del que se ha efectuado.

De acuerdo con la Propuesta de Modernización y la Convención vienesa, tampoco serían ofertas las propuestas de suministro de mercancías y de prestación de servicios mediante anuncios, catálogos o exposición de mercancías. A nuestro juicio, creemos oportuno que la citada Propuesta rectifique los dos criterios señalados. Una de las razones que respaldan dicha modificación es que se configuran como mecanismos de protección de los intereses de los proponentes, que normalmente se identifican con empresarios, pero la Propuesta de Modernización contempla relaciones entre particulares y contratos mixtos o de consumo. Otro motivo radica en la temprana admisión en nuestro ordenamiento jurídico de normas tuitivas de los destinatarios de las ofertas públicas, que se acomodan al moderno tráfico comercial.

## VIII

La distinción entre las proposiciones contractuales dirigidas al público y las invitaciones a formular ofertas resulta trascendental a causa de los diferentes efectos jurídicos que se derivan de las mismas. En el primer caso, el oferente se encontrará vinculado con quien acepte la misma, mientras que, en el supuesto de la *invitatio ad offerendum*, el autor de la misma quedará libre para aceptar o no las propuestas que reciba a raíz de dicha invitación. También es sencillo colegir la relevancia práctica de esta diferenciación, por cuanto es una práctica habitual y recurrente que los profesionales y los comerciantes utilicen la publicidad no sólo como un medio para promocionar sus productos y servicios, sino para lanzar ofertas, ya sea al público ya sea a grupos más restringidos, pero sin concretar los destinatarios.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce claramente el principio de la integración publicitaria del contrato, al igual que algunos de los textos de referencia de la Propuesta de Modernización del Código Civil. En la misma dirección, la citada Propuesta admite la eficacia vinculante para el empresario o comerciante de las declaraciones efectuadas con carácter publicitario o a través de actividades de promoción. La consagración legal de la publicidad como elemento heterointegrador del contrato diluye la separación entre la oferta al público y la *invitatio ad offerendum*. La singularidad evidente de la segunda figura queda desvirtuada, dado que todo mensaje promocional proyecta su eficacia obligatoria para el anunciante, con

independencia de que sea una oferta o una *invitatio ad offerendum* y siempre que, con posterioridad, se perfeccione el contrato.

Se advierte una contradicción irreconciliable en la posición de la citada Propuesta, dado que, por un lado, priva de fuerza vinculante a las ofertas dirigidas a personas indeterminadas, que se identifican con las de índole publicitaria. Por otro lado, dota de valor contractual a dichas manifestaciones al entender que se incorporan al contrato, aunque no se reflejen en el mismo, en el caso de que, finalmente, se celebre. Además, extiende acertadamente esa máxima a las relaciones entre empresarios o comerciantes. En nuestra opinión, la tensión existente debe resolverse a favor del efecto obligacional de las manifestaciones publicitarias en aras a la protección de los clientes, ya sean consumidores ya sean profesionales, lo que se adecúa a nuestro sistema y contribuye a respaldar la figura de las ofertas públicas.

## IX

La revocación es un tema muy controvertido debido a las diferentes posiciones en torno a la máxima de la fuerza vinculante de la oferta. Sus partidarios defienden que la emisión de esa declaración de voluntad presupone la existencia de un plazo mínimo de vigencia para que el teórico aceptante la evalúe y decida sobre su aceptación. También conlleva la imposibilidad de revocarla durante ese periodo, a menos que contenga disposición en contrario o previsión distinta. Sus detractores se colocan en el extremo opuesto, dado que sostienen la revocabilidad de la oferta con carácter absoluto, como expresión de la libertad contractual del oferente y del poder omnímodo que ostenta sobre la misma, siempre que respete el límite temporal máximo para el ejercicio de esa facultad. Sin embargo, se observa claramente una disminución de la rigurosidad de dicho principio.

La doctrina y la jurisprudencia de nuestro país respaldan la segunda postura, y coinciden con la mayoría de los ordenamientos jurídicos tanto del *Civil Law* como del *Common Law*, salvo los pertenecientes al entorno germánico. La conciliación de las dos corrientes descritas es inasequible, por lo que la única opción consiste en elegir la tendencia que constituya la regla general e introducir la otra por vía de excepción. A diferencia de sus antecesores, la Propuesta de Modernización del Código Civil no afronta el régimen jurídico de esta relevante contingencia, y sólo contempla las hipótesis en que la propuesta inicial deviene irrevocable. A pesar de que puede inferirse que se alinea con sus precursores y con nuestra tradición jurídica, es ineludible que la citada Propuesta aborde dicho régimen jurídico, y, en especial, que fije el último instante para la retractación de la oferta.

La Propuesta de Modernización del Código Civil contempla tres supuestos, al igual que los PECL, para eludir acertadamente las dificultades interpretativas

derivadas de la hipótesis de que el establecimiento de un plazo para la aceptación en la proposición primigenia se equipare a la irrevocabilidad de ésta durante el transcurso de aquél. Pese a que la citada Propuesta se posiciona junto a la tendencia dominante, que patrocina semejante equivalencia, creemos que debería atender a la corriente imperante en el panorama nacional, que refuta dicho parangón sin matizaciones. Estimamos acertada la novedosa introducción por la Propuesta de Modernización de la atribución de la irrevocabilidad a una proposición en función de la confianza que despierte en su receptor, siempre que hubiese conducido a la realización de actos de disposición patrimonial.

## X

A nuestro modo de ver, debemos calificar como un completo acierto que la Propuesta de Modernización del Código contemple explícitamente diversas hipótesis en que se extingue la propuesta primitiva, dada la trascendencia fundamental de dicho acontecimiento jurídico tanto para los intereses del autor de dicha declaración como para el receptor de la misma. Con relación al proponente, se admite unánimemente que, pese a no recogerse ninguna indicación en la oferta, no se encuentra obligado a mantener su vigencia *sine die*, salvo en el caso de las ofertas permanentes. Por lo que concierne al eventual aceptante, es trascendental que pueda conocer el intervalo temporal durante el que puede emitir válidamente su contestación, a fin de lograr la conclusión del contrato que le propuso el ofertante.

En ese sentido, debemos reprochar que no se pronuncie sobre todos los supuestos habituales, y, en especial, acerca de la caducidad de la proposición inicial en defecto de estipulación. En cuanto al plazo mínimo de duración, la ausencia de cualquier clase de mención a dicha coyuntura en la Propuesta de Modernización y en sus precursores, junto a la defensa de la revocabilidad de la oferta, nos conduce a la conclusión de que han elegido situarse junto a la tendencia predominante. De este modo, niegan la eficacia obligatoria mínima de la oferta. La posición contractual del aceptante quedaría cubierta a través de la responsabilidad precontractual, por lo que el proponente debería resarcir los daños y perjuicios que irroge a aquél a causa de la revocación. Los fundamentos de esta posibilidad estriban en el principio de la buena fe y en la protección del tráfico jurídico.

La conveniencia de la regulación de la figura de la retirada deviene no sólo de su relevancia intrínseca, sino de la necesidad de acabar con la confusión doctrinal reinante sobre sus diferencias con la revocación. También estimamos apropiado que el régimen sugerido por la Propuesta de Modernización se compagine con el previsto por sus dos primeros precursores. Coinciden en preconizar que la posibilidad del retiro de la oferta, con independencia de su carácter irrevocable,

finaliza en el momento en que ésta llegue al destinatario, o bien al círculo de su receptor, porque, en tal circunstancia, la oferta se perfeccionaría. La oportunidad de la previsión del rechazo de la oferta, pese a la imposibilidad de su retractación, descansa en la confirmación de su expiración como efecto característico.

La novedad más sustancial de la Propuesta de Modernización en este ámbito surge a raíz de la sustitución de la regla existente sobre la imposibilidad inicial del objeto por la que acogen sus tres precedentes inmediatos. Ésta responde a la moderación del elemento objetivo de la oferta debido a la visión del contrato como impulsor del desarrollo económico y a su liberación de las constricciones impuestas por el legislador decimonónico. Pese a la tímida acogida de estos axiomas por la citada Propuesta, este proyecto asume el giro experimentado por sus precursores en la materia. Por tanto, la inviabilidad de la prestación correspondiente al ofertante no provoca la extinción de su ofrecimiento, sino que nos trasladaría, en todo caso, a un supuesto de falta de cumplimiento, lo que, a nuestro juicio, es totalmente apropiado.

## XI

La conformidad del destinatario de la oferta según la concepción de la Propuesta de Modernización del Código Civil presenta un claro paralelismo con la configuración de la proposición inicial en dos aspectos. Por un lado, desde el plano subjetivo, se requiere igualmente que revele la intención de prestar su aquiescencia al contrato propuesto, y tampoco se nos ofrece un criterio para valorar el cumplimiento de este requisito. Por otra parte, ostenta idéntica naturaleza recepticia, por lo que debe dirigirse a un destinatario determinado, si bien éste, además, está identificado, y no puede ser otro más que el oferente. Además, se compagina perfectamente con las exigencias demandadas por la doctrina y la jurisprudencia, así como con las reclamadas por sus antecesores.

Una de las notas definidoras de la aquiescencia es la libertad de forma, que reconocen tradicional y pacíficamente la doctrina y jurisprudencia. La Propuesta de Modernización, así como sus antecesores, no sólo han confirmado esa característica, sino que la han potenciado. La propia noción que acogen tales textos alude a los dos cauces habituales para exteriorizar el asentimiento –declaración y acto-, y a un tercero que reviste serias dificultades conceptuales –silencio-, aunque lo supedita a la concurrencia de ciertas circunstancias, pese a que no las concreta. Además, se incorpora una hipótesis específica de la anuencia expresada mediante la actuación del destinatario, que amplía decididamente su significación, dado que sólo requiere el inicio de la ejecución o del cumplimiento de la prestación que incumbe al eventual aceptante.



No obstante, sólo la Propuesta de Modernización consagra explícitamente la orientación espiritualista señalada. Por un lado, disocia el consentimiento de la observancia de una forma determinada, salvo disposición legal o pacto en contrario. Por otra parte, permite que las partes exterioricen su voluntad de modo expreso o mediante actos concluyentes. En nuestra opinión, dicho aserto se expande tanto a la oferta como a la aceptación, lo que supondría una novedad sustancial porque, tradicionalmente, está vedada la posibilidad de comunicar una oferta a través de los actos realizados por una de las partes. Sin embargo, pese a la introducción de cánones interpretativos de carácter objetivo, no creemos que la posición de la citada Propuesta llegue a equipararse a la postura de los PECL, ya que, a través de una exégesis estrictamente objetiva, permiten inferir la voluntad contractual del oferente de sus declaraciones y de su conducta.

## XII

El fomento de la contratación que preside la filosofía en la que se enmarca la Propuesta de Modernización del Código Civil tiene una directa repercusión en el proceso formativo del contrato, y uno de sus efectos es la atenuación del rigor de los requerimientos tradicionalmente contemplados para admitir la celebración de los contratos. La conclusión que se desprende es el refuerzo de la autonomía privada de las partes, ya que el componente fundamental para alcanzar la perfección contractual se circunscribe al consentimiento de los futuros contratantes. De este modo, se flexibiliza el cumplimiento de requisitos materiales u objetivos, y la primacía se desplaza hasta la voluntad de las partes. Sin embargo, la máxima de la facilitación de la conclusión contractual también se proyecta hacia la salvaguarda del tráfico.

El impulso de la contratación demanda que los intervinientes perciban el respaldo al funcionamiento del tráfico. Esta orientación se trasluce en la protección de la confianza legítima generada por la apariencia que deriva, normalmente, del comportamiento de uno de los partícipes, frente a la seguridad jurídica. Uno de sus efectos es la invocación de criterios exegeticos de carácter objetivo para valorar la conclusión del contrato. El resultado es la concreción objetiva de la existencia o no de la voluntad contractual, y, en especial, la afirmación del vínculo contractual cuando razonablemente se haya inducido esa convicción a la contraparte, con independencia de que el contratante haya tenido o no dicha voluntad. A nuestro juicio, otra derivación se plasma en la importancia adquirida por la conducta frente a la clásica preeminencia de las declaraciones escritas para la prestación del consentimiento.

Nuevamente, se detecta la presencia de dos orientaciones que parecen contraponerse. Por una parte, se advierte el refuerzo al consensualismo, dado que se prima el requisito subjetivo, y, por tanto, la concurrencia de la voluntad de las partes, que desemboca en el consentimiento común como puntal básico del acuerdo alcanzado. Por otro lado, en cierto grado, se cercena la verdadera intención de las partes en aras al amparo del tráfico y de la contraparte. Se puede inducir la voluntad de concluir el contrato mediante criterios objetivos, lo que respalda la seguridad del tráfico, y también se puede colegir de la interpretación razonable que una de las partes realice de las declaraciones o de la actuación de la contraparte, lo que defiende los intereses de la primera.

La Propuesta de Modernización del Código Civil no trasluce este conflicto con total intensidad, dado que se evidencia en mayor grado en sus precursores más modernos -los Principios Unidroit y los PECL-, y la citada Propuesta encuentra mayor fuente de inspiración en la Convención de Viena de 1980. Por consiguiente, creemos que la posición adoptada por ese proyecto de reforma parcial del Código Civil no ampara el establecimiento de lazos contractuales sin la constatación de una efectiva voluntad en tal sentido. No obstante, pese a que acoge una flexibilización limitada del elemento objetivo, a diferencia de sus precedentes más inmediatos, estimamos que podría admitir la viabilidad de ofertas tácitas. Cuestión diferente es que la mecánica habitual de la contratación conduzca al uso de declaraciones escritas que limiten los supuestos de propuestas contractuales tácitas.

### XIII

La tendencia hacia la facilitación de la contratación y la trascendencia conferida a la conducta de los intervinientes durante la génesis contractual se observa con mayor nitidez con relación a las manifestaciones de voluntad emitidas por los eventuales aceptantes. Además, tradicionalmente ha sido el terreno natural de desenvolvimiento de las exteriorizaciones de la voluntad contractual a través de los actos realizados por los futuros contratantes. Esta orientación se refleja en la Propuesta de Modernización del Código Civil y en todos sus antecesores. Uno de los supuestos paradigmáticos que corroboran esta evolución es la configuración del comienzo de la ejecución que le atañe al destinatario de la oferta como una demostración irrefutable de su aquiescencia.

La previsión de esta hipótesis es idéntica en la Propuesta de Modernización y en los instrumentos internacionales en que se inspira, salvo discordancias menores. Por consiguiente, todos los precursores de dicho proyecto prelegislativo comparten la exigencia de dos requisitos. En primer lugar, se supedita la admisión de este supuesto al pacto previo de los futuros contratantes, a las prácticas

establecidas entre aquéllos o a los usos negociales. Además, se excluye la naturaleza recepticia de este tipo de avenencia, por lo que se alteran dos de sus rasgos característicos. Por un lado, se adelanta el momento de la perfección contractual hasta el comienzo de la ejecución, de modo que se separa del principio general - recepción- y se asemeja a la tesis de la emisión, y, además, se identifica con el instante último para el ejercicio de la revocación. Por otra parte, no será necesario comunicar al proponente la aceptación realizada.

En la misma dirección, la Propuesta de Modernización del Código Civil y todos los textos de Derecho Uniforme en que se apoya consienten que las conductas silentes y los comportamientos omisivos puedan constituir la aquiescencia suficiente para generar una vinculación contractual. Sin embargo, los instrumentos mencionados, así como la citada Propuesta, incurren en el defecto de abstenerse de señalar las características que deben reunir tales manifestaciones para asimilarse al asentimiento. Esta imprevisión es inadmisible, dado que no se podrá evaluar con seguridad la concurrencia de los requisitos necesarios. Además, es incomprensible, ya que la doctrina y, especialmente, la jurisprudencia han sentado claramente las bases para delimitar esta hipótesis, lo que también se advierte en los países de nuestro entorno. Igualmente, no contemplan criterios para la fijación del momento en que acontece la perfección contractual.

#### XIV

El plano objetivo de la conformidad a la propuesta contractual primigenia también ha experimentado cambios significativos que coadyuvan a promover la culminación de acuerdos contractuales. Al igual que sucede con la oferta, tales modificaciones se encaminan a la disminución de la severidad de los requisitos para la configuración de la aceptación. Sin embargo, este aspecto no se refleja en su contenido, dado que puede concretarse en una mera respuesta afirmativa, frente a la tradicional completitud, y actual precisión, requerida a la propuesta inicial. La perspectiva material de la aquiescencia se trasluce en la correspondencia de aquélla con el ofrecimiento inicial, y en su tempestividad. A nuestro juicio, la alteración trascendental se colige de la ruptura de la clásica *regla del espejo*.

De acuerdo con esa tradicional máxima, respetada en los sistemas jurídicos pertenecientes al *Civil Law* y al *Common Law*, la aceptación debía suponer una total adhesión del destinatario al proyecto de contrato. En caso contrario, nos hallaríamos ante una contraoferta. Fruto de un progreso doctrinal ulterior ante la reiteración de supuestos conflictivos en la práctica comercial, la “*regla de la última palabra*” o “*del último disparo*” complementó la anterior. De este modo, si el autor del ofrecimiento primigenio ejecuta su prestación o, al menos, inicia su cumplimiento, asume la

contrapropuesta del primitivo aceptante, y el acuerdo final se somete a los términos de esa última. La doctrina y la jurisprudencia oscilan entre la aplicación rigurosa de estas máximas o la admisión de la perfección contractual pese a las discrepancias entre las declaraciones de las partes en aras de la justicia material.

Al igual que en el debate sobre la revocación, la Propuesta de Modernización del Código Civil y sus precursores han optado, en primera instancia, por introducir como regla general el axioma de la perfecta congruencia. En segundo lugar, incorporan por vía de excepción la atenuación del principio anterior, de forma que la respuesta que altere la oferta de forma no significativa se calificará como aceptación, y no como contraoferta, pero también permiten que el oferente inicial pueda evitar tal resultado en ciertos casos. Todos ellos comparten el acierto de clarificar que la contraoferta implica el repudio de la propuesta inicial, pero, acertadamente, la citada Propuesta se incardina con los Principios Unidroit y los PECL, ya que no contempla un elenco de hipótesis de desviaciones de carácter esencial.

Sin embargo, la subsanación de las dificultades que ofrece la enumeración de ejemplos de modificaciones significativas no conduce únicamente a la supresión de tal detalle, sino que conlleva la elaboración de pautas generales para discernir la sustancialidad o no de las alteraciones incluidas en la contestación del destinatario. También juzgamos apropiado que la Propuesta de Modernización contemple los tres casos en que los dos precursores mencionados consideran que la réplica del destinatario que integra términos nuevos o diferentes no relevantes equivale al rechazo de la oferta. La citada Propuesta sólo alude a dos de tales supuestos, pero sin aclarar si también extinguen la propuesta inicial. Se configuran como mecanismos de tutela del ofertante frente a la protección que la regla general confiere al eventual aceptante, y, en nuestra opinión, establecen el contrapeso apropiado para la composición de los intereses en juego.

## XV

Otro de los rasgos definitorios de la aquiescencia estriba en su tempestividad, y, por tanto, en la necesidad de que se reciba o, en su caso, sea conocida por el autor de la oferta en el plazo establecido. En otro caso, la aceptación sería extemporánea y no se perfeccionaría el contrato. La concreción del lapso temporal durante el que el destinatario de la proposición primigenia emite válidamente su contestación puede obedecer a una decisión legislativa o al poder omnímodo del ofertante sobre su declaración. En su defecto, tanto la Propuesta de Modernización del Código Civil como sus antecesores prevén la observancia de un periodo razonable, posición que compartimos, dado que, por un lado, se ofrecen criterios para su delimitación, y,

por otra parte, aunque procede de la cultura del *Common Law*, presenta una similitud notable con el principio general de la *bona fides*.

En consonancia con la facilitación de la conclusión contractual, y la suavización consiguiente de los requisitos tradicionalmente requeridos para la adecuada configuración de las manifestaciones de voluntad de las partes, también se ha rebajado el nivel de exigencia de este elemento. De nuevo, el método elegido por la Propuesta de Modernización y sus precursores es la introducción de la tempestividad como principio general, y la incorporación de dos supuestos excepcionales, que se denominan genéricamente aceptaciones tardías. Esta solución se acomoda a las construcciones doctrinales existentes, a pesar de la exégesis desfavorable *ex* artículo 1.262 del vigente Código Civil, y a nuestra tradición jurídica. En este sentido, se admite que el ofertante confiera eficacia a un asentimiento que reciba o conozca después de la finalización de la vigencia de su proposición.

La única limitación que se impone al proponente inicial es que comunique su decisión sin tardanza, condición coherente pese a su imprecisión. A nuestro juicio, resulta apropiada la postura de la citada Propuesta, pero deberían puntualizarse varios extremos para delimitar correctamente esta figura. En cuanto al momento de la perfección contractual, creemos que no se ve afectada la regla general, por lo que el contrato se concluiría en el instante de la llegada del asentimiento retrasado, y la notificación remitida por el oferente no goza de carácter retroactivo. Igualmente ponderamos acertado que la Propuesta mencionada, acorde con sus precedentes y con la doctrina, consagre la validez de la aceptación tardía por causas ajenas al eventual aceptante, e imputables a la vía de comunicación elegida, a menos que el ofertante objete la caducidad de su propuesta.

## XVI

La última figura que aborda la Propuesta de Modernización del Código Civil para configurar el régimen jurídico de las dos declaraciones de voluntad que, normalmente, conducen al nacimiento del contrato, pretende sancionar legalmente la solución al clásico debate sobre la denominada *autonomía* o *sustantividad de la oferta*. Además, extiende la aplicación de tal respuesta a la aquiescencia y a los efectos que se derivan para ambas partes, e incorpora un supuesto infrecuente. En concreto, la citada Propuesta considera que la muerte y la incapacidad sobrevenida de los intervinientes en la génesis contractual no afectan a la subsistencia de la oferta o de la aceptación, así como la extinción de las facultades representativas del emisor de dichas manifestaciones no repercute en su eficacia. Sin embargo, se exceptúa el

axioma anterior cuando la naturaleza del negocio u otras circunstancias permitan inferir la pérdida de su virtualidad.

Por consiguiente, la Propuesta de Modernización no sólo asume la tendencia innovadora en este campo, sino que la supera gracias a las novedades reseñadas. Asimismo, su postura resulta consecuente con la promoción de la contratación y con la protección del tráfico, ya que afirmar la vigencia de las propuestas y aquiescencias contractuales frente a las vicisitudes personales que afecten a sus autores conlleva ineludiblemente el incremento de la conclusión de contratos. En nuestra opinión, adopta una solución correcta en sentido técnico-jurídico, y que pondera adecuadamente los intereses en liza. Además, destaca la separación que marca con relación a todos sus precursores, que no abordan esta problemática pese a la incoherencia que supone tal omisión, y respecto a la concepción tradicional imperante. A pesar de que no se reconozca su influencia, la norma proyectada guarda una profunda similitud con el Código Europeo de Contratos.

## XVII

La perfección contractual es el último paso que resta para finalizar la génesis del acuerdo entre los intervinientes en su proceso formativo, ya que supone la concurrencia de sus voluntades a través del intercambio de las respectivas manifestaciones. Por tanto, la problemática que aborda este fenómeno se dirige a averiguar el momento y el lugar en los que acontece dicho concurso. La repercusión práctica de semejantes interrogantes es innegable. Por un lado, la contestación a la primera incógnita marca el instante definitivo en que el contrato se concluye, y, habitualmente, despliega sus efectos. Por otra parte, la respuesta a la segunda de tales incertidumbres delimita la legislación aplicable, los órganos jurisdiccionales competentes y los usos que habrán de resolver las contiendas judiciales que se deriven del convenio alcanzado.

Sin embargo, el objetivo perseguido no es la delimitación exacta del punto temporal y de la localización espacial en que acontece la culminación de los contratos, sino determinar tales extremos en orden a la salvaguarda de la posición que ostente uno de los futuros contratantes, al estimar que es digna de tutela. En consecuencia, el fomento de la contratación, así como la protección del tráfico, se verán respaldados, en mayor o menor medida, en función de la preeminencia que otorguemos a los diferentes intereses en juego. El Código Civil siempre ha mostrado una actitud tendente a la preservación de la integridad del consentimiento contractual, por lo que, además de exigir la observancia de ciertos requisitos, ha respaldado las soluciones que pretenden asegurar el conocimiento de las declaraciones de voluntad por sus correspondientes destinatarios.

Por consiguiente, la versión inicial del Código de Derecho común apoyaba la teoría de la cognición, y, tras la reforma operada por la LSSI, se ha atemperado dicho criterio, en la medida en que, si no fuere posible lograr el conocimiento efectivo, resulte suficiente el debido o presunto. Desafortunadamente, y sin perjuicio de su carácter dispositivo, dicho criterio no sólo traslada la facultad de decidir la conclusión del contrato al oferente inicial, pese al matiz introducido, sino que, además, sólo atiende a la distancia geográfica entre las partes. El desarrollo tecnológico experimentado desde el último tercio del siglo pasado ha corroborado que el elemento relevante reside en el lapso temporal entre la emisión y el conocimiento de las declaraciones de voluntad, y que el criterio diferencial debe descansar en el tipo de comunicación entablada, simultánea o interrumpida.

A nuestro juicio, la solución que logra mayor equilibrio entre los intereses en juego, y que promueve la conclusión contractual en cuanto facilita la concreción y la verificación del instante en que se produce, estriba en la teoría de la recepción. En esta línea, la Propuesta de Modernización del Código Civil y todos sus precursores, así como numerosos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, defienden la mencionada tesis para afirmar la celebración de los contratos y la perfección de las declaraciones inmersas en la génesis contractual. Además, la citada Propuesta y sus dos primeros antecesores asumen acertadamente una clasificación que distingue entre las ofertas verbales y las que se transmiten por otros medios, posición que conduce a los mismos efectos que la sistematización que proponemos, si bien se permite la alteración de la regla general para adecuarse a supuestos en que no confluye el cruce de declaraciones expresas de voluntad.

## XVIII

A diferencia de la controversia en torno al momento de la perfección contractual, la delimitación del emplazamiento físico en que acontece dicho suceso debe valorar la circunstancia de que las partes se encuentren situadas en diferentes lugares. Las incógnitas que pretende solventar -normativa aplicable y jurisdicción competente- se articulan en función de circunscripciones territoriales, por lo que la solución debe atender a esa premisa. Sin embargo, el Código Civil parece supeditar la respuesta a este problema a la contestación sobre la fijación del instante en que confluyen las declaraciones de voluntad. En consecuencia, el lugar en el que se entienden celebrados los contratos se identifica con el sitio en el que se formuló la proposición inicial, en correspondencia con la teoría de la cognición, e incluso con la atenuación de la misma operada mediante la tesis de la recepción.

La Propuesta de Modernización del Código Civil mantiene el mismo punto de conexión -lugar de celebración-, y sostiene análoga respuesta -sitio en que se

realiza la oferta-, si bien, al igual que en el citado cuerpo legislativo, estamos ante presunciones *iuris tantum*. No obstante, en el caso de que el futuro acuerdo se califique como contrato a distancia, y que uno de los intervinientes ostente la condición personal de consumidor, se presumirá celebrado donde radique su residencia habitual. Ninguno de los predecesores de la citada Propuesta afronta la regulación de este extremo, por cuanto consideran que es una cuestión que afecta al Derecho internacional privado. En nuestra opinión, la solución prevista con carácter general dificulta la localización del lugar de la perfección contractual. Además, la máxima específica contribuye a segmentar la tutela de ese colectivo, ya que se debe sumar a otros criterios sectoriales, y no posee ninguna especialidad que justifique su explícita previsión.

A nuestro modo de ver, y en consonancia con el legislador comunitario, el remedio debe aludir a un sitio que se vincule con las partes, ya que estamos ante una ficción jurídica que debe resolverse mediante la adecuada composición de los intereses en liza. Por tanto, estimamos más adecuado acudir al establecimiento comercial o al domicilio del ofertante, en la medida en que asume la iniciativa contractual, y con independencia de que actúe o no en el ejercicio de su ocupación habitual. No obstante, el criterio debe desplazarse hasta la residencia habitual del consumidor cuando éste intervenga en aras al mayor grado de protección que requiere. Además, se debería conferir a las partes la posibilidad de demostrar que la celebración del contrato se localizó en un lugar diferente. En resumen, nuestras propuestas parecen solucionar con mayor ecuanimidad el conflicto planteado, y, dada su sencillez, protegen la seguridad jurídica y la del tráfico, todo lo cual conduce de forma natural a la promoción de la contratación.



## **BIBLIOGRAFÍA**

ALBALADEJO GARCÍA, M.:

- *Derecho Civil*, T. II, *Derecho de Obligaciones*, 14ª edic., Edisofer S.L., Madrid, 2011.
- *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y MARTÍN GRANIZO, M., “Artículo 1.710”, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. VI, Trivium, 2ª edic., Madrid, 1991.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta”, *VVAA Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, 1ª edic. Civitas, Madrid, 1991.

ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, *RCDI*, núm. 485, 1971.

ALONSO UREBA, A. y VIERA GONZÁLEZ, A., “Formación y perfección en los contratos a distancia celebrados por Internet”, *VVAA Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

ÁLVAREZ DEL MANZANO, F., BONILLA, A., y MIÑANA, E., *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, T. I, Victoriano Suárez, Madrid, 1915.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Perfección del contrato”, *NEJ*, T. XIX, Seix, Barcelona, 1989.

ANUARIO de la CNUDMI, V. IX, párrafos 105 a 108.

ARIAS POU, M., “El consentimiento en la contratación electrónica a través de Internet”, *La Ley*, Núm. 6540, 01/09/2006, D-187, 2006-4.

ARRIALLAGA, J.I., “Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas”, *RDM*, T. II, 1952.

ARROYO I AMAYUELAS, E.:

- "Formación y perfección del contrato", VVAA *Derecho Privado Europeo*, Coordinador CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2003.
- "Qué es «forma» en el derecho contractual comunitario de consumo?", *ADC*, V. 61, F. 2, 2008.

ASÚA GONZÁLEZ, C.I.:

- *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.
- "Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)", VVAA *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

AZNAR GINER, E., *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato. Doctrina y Jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

BADOSA COLL, F., "Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (Un estudio sobre el artículo 1.263 CC)", VVAA *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R.:

- "Codificación civil y codificación mercantil: La reforma del Derecho de obligaciones", VVAA *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- "Introducción al Derecho de Contratos", VVAA *Tratado de Contratos*, Director BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, T. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- "De las obligaciones y de los contratos", *AC*, T. II, 2009.

BERROCAL LANZAROT, A. I., "Perfección del contrato en la Ley 43/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico: La unificación de criterios", *RCE*, núm. 100, enero 2009.

BONELL, M.J., "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the same Purposes?", *Uniform Law Review*, núm. 26, 1996, accesible en <http://www.cisg.law.pace.edu>, de la Pace Law School Institute of International Commercial Law

BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho Civil, T. I, Parte General*, Edersa, Madrid, 1959.

BOSCH CAPDEVILA, E., "Formación", *VVAA Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia, T. I*, Coordinadores VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., Atelier, Barcelona, 2012.

BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 8ª edic., Tecnos, Madrid, 1990.

CABALLERO LOZANO, J. Mª., "Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia", *AC*, núm. 1, 1996.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.:

- "Artículo 55", *VVAA La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998.
- "El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", *RCDI*, 1995.

CALVO CARAVACA, A.:

- "Artículo 1", *VVAA La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998.
- "Artículo 7", *VVAA La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998.

CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Reus, Madrid, 2005.

CANO TELLO, C.A., "Las máquinas como instrumento de contratación (reflexiones a vuela pluma sobre una nueva forma de contratación en masa)", *RGD*, junio 1993.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO J.I., *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Bosch, Barcelona, 1990.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. III, Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 17ª edic., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Reus, Madrid, 2008.

CLEMENTE MEORO, M. E., “Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000-1.

CAPILLA RONCERO, F., “Oferta” (Dº Civil), *EJB*, T. III, Civitas, Madrid, 1995.

CAVANILLAS MÚJICA, S., “La conclusión del contrato en internet”, *VVAA Responsabilidad civil y contratos en internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Directores CLEMENTE MEORO y CAVANILLAS MÚJICA, Comares, Granada, 2003.

CERRILLO QUÍLEZ, F., “Consentimiento”, *NEJ*, T. V, Seix, Barcelona, 1953.

COCA PAYERAS, M., “Comentario al Artículo 1.262 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

CORRAL GARCÍA, E., *La oferta de contrato al público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

CRESPO ALLUÉ, F., *La revocación del mandato*, Montecorvo, Madrid, 1984.

CUADRADO PÉREZ, C.:

- *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003.
- “La formación de contrato en la Propuesta de modernización del Código Civil”, *VVAA Negociación y perfección de los contratos*, Directora PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A., Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- “La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (Parte I)”, *RCDI*, núm. 744, julio-agosto 2014.
- “Consideraciones sobre el contrato de corretaje”, *RCDI*, núm. 704, 2007.

CREMADES GARCÍA, J., FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, M. A., e ILLESCAS ORTIZ, R., *Régimen Jurídico de Internet*, La Ley, Madrid, 2002.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.:

- “La autonomía de la voluntad y la evolución de las formas de prestar el consentimiento”, *VVAA Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, T. IV Otras formas de expresión, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012.

- *Derecho de Obligaciones en Europa. Algunos rasgos de la evolución en las dos últimas décadas*, Bosch, Barcelona, 2013.
- "Lealtad en el periodo precontractual (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)", *ADC*, T. 63, F. 2, 2010.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.

DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, *Parte General, Obligaciones y Contratos*, revisado por DE COSSÍO Y MARTÍNEZ y LEÓN ALONSO, J., 1ª edic., Civitas, Madrid, 1988.

DE CUEVILLAS MATOZZI, I.:

- *La oferta contractual en el comercio internacional (Un estudio a la luz del Derecho Uniforme y del Derecho Privado)*, Universidad de Cádiz y Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- "Revocación de la oferta: un análisis desde la órbita del Derecho Uniforme (1)", *AC*, núm. 16, Aranzadi, Pamplona, 2004.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Intransmisibilidad *mortis causa* de la oferta de contrato (en particular, la de fianza)", *P.J.*, núm. 12, diciembre 1988.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M<sup>a</sup>. D., "El silencio en la teoría del negocio jurídico (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990)", *AC*, 1991-3, XLVIII, marginal 667.

DÍEZ-PICAZO, L.:

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, 6ª edic., Civitas, Madrid, 2008.
- "La existencia del contrato", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, T. XXXIX, 2009.
- "¿Una nueva doctrina general del contrato?", *ADC*, T. XLVI, F. IV, 1993.
- "La formación del contrato", *ADC*, T. XLVIII, F. I, 1995.
- "Artículo 14", *VVAA La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998.
- "Artículo 16", *VVAA La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998.

- “Artículo 18”, *VVAA La Compraventa Internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998.
- “Artículo 19”, *VVAA La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998.
- “Artículo 21”, *VVAA La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998.
- “Artículo 23”, *VVAA La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Director DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998.
- *La representación en el Derecho Privado*, 1ª edic., Civitas, Madrid, 1979.
- “La muerte y la incapacidad sobrevenida del oferente”, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. IV *Derecho Civil y Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996.
- “La Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, abril 2011.
- “Reforma de los Códigos y Derecho Europeo”, ponencia impartida en las Jornadas sobre la Reforma de los Códigos Civiles en un contexto de aproximación europea, Universidad de Gerona, septiembre 2002.

DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, V. II, 9ª edic., Tecnos, Madrid, 2001.

DORAL GARCÍA, J.A., “La concepción del contrato en el Derecho Europeo y su proyección en la Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos”, *VVAA Derecho Privado Europeo y la modernización del Derecho Contractual en España*, Director ALBIEZ DOHRMANN, K. J., Atelier, Barcelona, 2011.

DURÁN RIVACOBIA, R., “Apunte sobre la propuesta de reforma del Derecho de Obligaciones y Contratos”, *Libro homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.

DURANY PICH, S., “Perfección del contrato” (Dº Civil), T. III, *EJB*, Civitas, Madrid, 1995.

ENNECCERUS, L. y NIPPERDEY, H.C., *Derecho Civil (Parte General)*, traducción de la 39ª edición alemana, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Pérez González, B. y Alguer, J., Bosch, Barcelona, 1981.

ESPINAR LAFUENTE, F., *El negocio jurídico*, Reus, Madrid, 1963.

ESTEBAN DE LA ROSA, G., “El principio de cooperación en la contratación”, *VVAA Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters y Sixto Sánchez Lorenzo, Navarra, 2009.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., “La perfección de los contratos celebrados entre personas situadas en lugares distintos”, *La Ley*, núm. 5, 2002.

FAJARDO FERNÁNDEZ, J.:

- *La compraventa con precio determinable*, Edijus, Madrid, 2001.
- “La nueva jurisprudencia francesa sobre exigencia de determinación del precio en los contratos de distribución”, *ADC*, núm. 50, Madrid, 1998.
- “Forma, Objeto y Causa/*Consideration*”, *VVAA Derecho Privado Europeo*, Coordinador CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2003.

FALCÓN, M., *Código Civil Español, ilustrado con notas, referencias, concordancias, motivos y comentarios*, T. IV, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1888.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., “Comentario al artículo 1262 del Código Civil tras la reforma introducida por la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico”, *AC*, núm. 10, marzo 2003.

FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R.:

- “La formación del contrato en la propuesta para la modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2131, mayo 2011.
- “Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986.

FERRANTE, A., “Precio de compra indeterminable, consumidor y acción de reducción de precio, son compatibles en el *Draft Common Frame of Reference*?”, *Indret*, núm. 1/2010, Barcelona, enero 2010.

FERRARI, F., “La formación del contrato”, *VVAA Atlas de Derecho Privado Comparado*, Coordinador GALGANO, F., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000.

FLUME, W., *El negocio jurídico*, T. II, Traductores MIQUEL GONZÁLEZ, J.M y GÓMEZ CALLE, E., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

FONT GALÁN, J. I., “Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales publicitarias”, *RDP*, núm. 8, 2010.

GALLART CASES, R., “El momento de la perfección del contrato entre ausentes”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1960.

GARCÍA AMIGO, M.:

- *Lecciones de Derecho Civil II, Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- “Consideraciones a la buena fe contractual”, en *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, T. I, Almería, 2000.

GARCÍA CANTERO, G.:

- “Artículos 1.447 y 1.448 del Código Civil”, *VVAA Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Directores ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, S., T. XIX, Edersa, Madrid, 1993.
- *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Colección Jurídica General, Madrid, 2010.

GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., “Perfección, forma y prueba de los contratos”, *VVAA Instituciones de Derecho Privado*, Coordinador SIMÓ SANTOJA, V. L., T. III, V. 1º, *Obligaciones y Contratos*, Vol. 1, Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.

GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, M., “La responsabilidad precontractual en el Derecho Contractual Europeo”, *Indret*, núm. 2/2010, Barcelona, abril 2010.

GARRIGUES, J.:



- *Curso de Derecho mercantil*, 6ª ed., T. II, Tecnos, Madrid, 1974.
- *Tratado de Derecho Mercantil*, T. III, V. 1º, Tecnos, Madrid, 1964.

GASPAR LERA, S., “La oferta de contrato en Derecho español: cuestiones y perspectivas”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 33, Aranzadi, Cizur Menor, enero-abril 2014.

GETE-ALONSO, Mª. C. (et alia), *Manual de Derecho Civil*, T. II, Marcial Pons, Madrid, 1996.

GÓMEZ LAPLAZA, M.C., “Artículo 1262”, *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Directores ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, S., T. XVII, Vol. 1-B, Edersa, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, *VVAA Tratado de Contratos*, Director BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, T. II, 2ª edic., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GONZÁLEZ GOZALO, A.:

- “La formación del contrato”, *VVAA Tratado de Contratos*, T. I, Director BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Coordinadoras MORALEJO IMBERNÓN, N. y QUICIOS MOLINA, S., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico*, Comares, Granada, 2004.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los Principios Lando”, *VVAA Derecho Contractual Europeo*, Director BOSCH CAPDEVILA y Coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya, Bosch, Barcelona, 2009.

GORDILLO CAÑAS, A.:

- “Representación voluntaria”, *EJB*, T. IV, Civitas, Madrid, 1995.
- “Poder de representación”, *EJB*, T. IV, Civitas, Madrid, 1995.

GRAMUNT FOMBUENA, M.D. y LLÁCER MATAACÁS, M.R., “La codificación del Derecho Contractual Europeo: una encrucijada entre el Derecho civil y el Derecho de consumo”, accesible en <http://ec.europa.es>.

GUILARTE ZAPATERO, V., C.C.J.C., núm. 16, 1989, sentencia núm. 429.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., C.C.J.C., núm. 22, 1990, sentencia núm. 574.

GUILLÉN CATALÁN, R., *Oferta Contractual y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., "Presentación", *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, T. I, Capítulo VIII *Objeto*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

HERAS HERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. M., "La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo", *RDP*, núm. 5-6, 2005.

ILLESCAS ORTIZ, R.:

- "Claroscuro con patitos. De nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica", *RCE*, núm. 27, mayo 2002.
- "La Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías: su ámbito de aplicación y perfección", *Derecho de los Negocios*, núm. 16, Madrid, 1992.
- *Derecho de la Contratación Electrónica*, Civitas, Madrid, 2001.
- "Los principios de la contratación electrónica, revisitados", *VVAA Derecho Patrimonial y tecnología*, Director MADRID PARRA, A., Marcial Pons, Madrid, 2007.

ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup>. P., *Derecho Mercantil Internacional: El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

JORDANO BAREA, J. B.:

- "La causa en el sistema del Código Civil español", *VVAA Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. II, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958.

JORDANO FRAGA, F., *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988.

LACRUZ BERDEJO, J.L.:

- *Elementos de Derecho Civil*, T. II, Vol. 1º, 4ª edic., revisada por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Barcelona, 2007.
- *Tratado teórico-práctico de Derecho Civil*, T. V, V. 1º, *Derecho de Sucesiones, Parte General*, Bosch, Barcelona, 1961.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil”, *La Ley*, 1989-2, y *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de profesores de Derecho Civil, T. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

LANDO, O. y BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II*, Consejo General del Notariado, edición española a cargo de BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J.M. y MARTÍNEZ SANZ, Madrid, 2003.

LARA AGUADO, A., “La oferta y la aceptación contractuales”, *VVAA Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters y Sixto Sánchez Lorenzo, Navarra, 2009.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la STS 27 enero 1977)”, *RDP*, 1980.

LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española*, T. 4, *Codificación civil*, V. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1979.

LAVARRIEGA VILLANUEVA, P.A.:

- “Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y el *favor contractus*”, *Panorama internacional del Derecho mercantil. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, T. II, Coordinadora QUINTANA ADRIANO, Q. A., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Méjico, 2006.
- “La interpretación objetiva a propósito del artículo 5:106 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 112, Universidad de Costa Rica, enero-abril 2007.

LEÓN ALONSO, J. R., “Artículo 1.710”, *VVAA Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Directores ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, S., T. XXI, V. XXII, Edersa, Madrid, 1986.

LÓPEZ y LÓPEZ, A. M., “La gestión típica derivada del mandato”, *RDP*, julio-agosto 1996.

LÓPEZ-MONÍS GALLEGÓ, M., “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)”, *VVAA Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

LUNA SERRANO, A., “Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitiva del contrato”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, V. 2, núm. 2, Octubre 2010.

MALO VALENZUELA, M. A., “Tempestividad y congruencia de la aceptación de la oferta en el Derecho español y en el Derecho Uniforme”, *RCDI*, núm. 608, 2006.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, T. VIII, Vol. 2º, 6ª ed. revisada por MORENO MOCHOLÍ, M., Reus, Madrid, 1967.

MARCHAL ESCALONA, N., “Determinación del precio en los contratos”, *VVAA Derecho Contractual Comparado, Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters y Sixto Sánchez Lorenzo, Navarra, 2009.

MANZANARES SECADES, A.:

- “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”, *ADC*, T. 37, 1984.
- “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*”, *ADC*, T. 38, 1985.

MARCO MOLINA, J., “Las nuevas tendencias legislativas en materia de perfección e interpretación del contrato: la aproximación entre el *civil* y *common law* en «las nuevas leyes» o codificaciones internacionales del contrato”, *VVAA Estudios Jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Coordinador GARCÍA RUBIO, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Aplicación de las normas comunitarias sobre competencia judicial a los contratos de consumo electrónicos: Interpretación de la art. 15.1.C del Reglamento 44/2001”, *VVAA Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Directores JIMÉNEZ

SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A., Universidad de Sevilla y Marcial Pons, Madrid, 2013.

MARTÍN RODRIGUEZ, M<sup>a</sup>. A., *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:

- *Curso de Derecho Civil*, T. II, Colex, Madrid, 2000.
- “Contenido y Efectos del contrato”, *VVAA Derecho Privado Europeo*, Coordinador CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2003.

MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.:

- *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Barcelona, 2000.
- “Contratación entre personas no presentes al amparo de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información. Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002”, *VVAA Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006.

MARTÍNEZ MATESANZ, C., y RUIZ MUÑOZ, M., “Algunos aspectos jurídicos-privados del Proyecto de Ley SSI y de comercio electrónico de 8 de febrero de 2002”, *RCE*, núm. 27, mayo 2002.

MATEU DE ROS CEREZO, R.:

- “¿Hay consentimiento en los contratos en masa?”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Consejo General del Notariado, núm. 42, diciembre 2004.
- “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, *VVAA Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

MEDINA ALCOZ, M., “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, *RDP*, mayo-junio 2005.

MENÉNDEZ MATO, J.C.:

- *La Oferta Contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998.
- "La oferta tácita de mandato", *AC*, nº 13, marzo-abril 1999.
- *El contrato vía Internet*, Bosch, Barcelona, 2005.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., "Notas a propósito de la codificación mercantil", *VVAA Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006.

McGREGOR, H., *Contract Code, proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Bosch, Barcelona, 1996.

MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., "EL concepto de contrato y su formación en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", *AC*, núm. 15, mayo 2013.

MEDINA DE LEMUS, M., *"La venta internacional de mercaderías"*, Tecnos, Madrid, 1992.

MIRANDA SERRANO, L.M.:

- "La perfección del contrato en pública subasta. Aproximación desde el régimen legal del comercio minorista", *VVAA Derecho Mercantil en el umbral del Siglo XXI: Libro homenaje al profesor Carlos Fernández-Novoa, con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Directores GÓMEZ SEGADÉ, J.A. y GARCÍA VIDAL, A., Marcial Pons, Madrid, 2010.
- "La oferta pública de contrato: entre la solución vienesa y el criterio tradicional español (a propósito del art. 1246 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos)", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011.
- "Acerca de si procede o no importar al sistema español no uniforme la noción de oferta de contrato de la Convención de Viena sobre Compraventas Internacionales", *VVAA Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Directores JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., Universidad de Sevilla y Marcial Pons, Madrid, 2013.
- "La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato", *Estudios sobre Consumo*, núm. 77.
- *Tratado de Derecho Mercantil*, Directores OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ-NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, M., T. 30, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

MORALES MORENO, A. M.:

- “Adaptación del Código Civil al derecho europeo: la compraventa”, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.
- “Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro Código europeo de las obligaciones”, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.
- “Claves de la modernización del Derecho de Contratos”, *VVAA Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, T. III, Vol. 1.
- “Reflexiones sobre la causa de los contratos en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Dykinson, Madrid, 2011.

MORENO QUESADA, B.:

- “La oferta al público y su eficacia jurídica”, *RDM*, 1956.
- *La oferta de contrato. Génesis del contrato y responsabilidad antecontractual*, Nereo, Barcelona, 1963.
- “La oferta de contrato cuarenta años después”, *Libro homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez*, Tomo 3º *Derecho Civil y Público*, Civitas, Madrid, 1996.

OBREGÓN SIEGMUND, G., “La perfección del contrato en Internet según el ordenamiento jurídico español. Especial referencia al caso de las páginas web”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, V. 3º, núm. 2, agosto-diciembre 2012.

ORUS MORATA, A., “El contrato por correspondencia. Su naturaleza y eficacia”, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, julio-septiembre y octubre-diciembre 1931.

PARRA ABAD, A., “Un comentario al artículo 18 de la ordenanza postal: La perfección del contrato entre ausentes y la propiedad de la correspondencia”, *ADC*, T. XIV, F. 4, 1961.

PANIZA FULLANA, A.:

- “Algunas reflexiones sobre la normativa aplicable a los contratos a distancia celebrados con consumidores: problemas y contradicciones”, *VVAA*

*Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Coordinador COTINO HUESO, L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Comares, Granada, 2003.

PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A., “La formación del contrato como proceso”, *VVAA Negociación y perfección de los contratos*, Directora PARRA LUCÁN, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)”, *Centenario de la Ley del Notariado*, T. IV, V. I, Madrid, 1965.

PERALES VISCASILLAS, M.P.:

- *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- “Sobre la perfección del contrato: El «popurrí» de los «nuevos» artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio”, *RCE*, núm. 33 (dic), 2002.
- “La oferta y la aceptación en el DCFR (*Draft Common Frame of Reference*)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011.
- “Formación”, *VVAA Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- “Formación del contrato electrónico”, *Régimen Jurídico de Internet*, Coordinadores FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, M., CREMADES GARCÍA, J., e ILLESCAS ORTIZ, R., Wolters Kluwer, Madrid, 2001.

*Principios sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, Roma, 2004, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado -UNIDROIT-, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., en la traducción de la 39<sup>a</sup> edición alemana, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas de ENNECCERUS, L. y NIPPERDEY, H.C., *Derecho Civil (Parte General)*, Bosch, Barcelona, 1981.



PUIG BRUTAU, J.:

- *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, V. I, *Doctrina general del contrato*, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 1978.
- “Mandato”, *NEJ*, T. XV, Seix, Barcelona, 1974.

PUIG PEÑA, F.:

- *Compendio de Derecho civil español*, T. III, *Obligaciones y contratos*, Pirámide, Madrid, 1976.
- “Declaración de voluntad”, *NEJ*, T. VI, Seix, Barcelona, 1954.
- *Tratado de Derecho civil español*, T. IV, V. II, RDP, Madrid, 1946.

SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil comentado y concordado extensamente*, T. XX, *De las Obligaciones (Conclusión)*, *De los contratos*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1958.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “*Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos*”, Dykinson, Madrid, 2000.

RAMELLA, A., *Tratado de la correspondencia en materia civil y mercantil*, Madrid, Reus, 1897.

RAMS ALBESA, J., “Artículo 1261”, *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Directores ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, S., T. XVII, Vol. 1-B, Edersa, Madrid, 1993.

RIERA AISA, L., “Contrato”, *NEJ*, T. V, Seix, Barcelona, 1953.

ROCA SASTRE, R. Mª.:

- “La voluntad unilateral como fuente creadora de obligaciones”, *VVAA Estudios de Derecho Privado*, T. I, *Obligaciones y Contratos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948.
- “Función de la voluntad en la creación del negocio jurídico”, *VVAA Estudios de Derecho Privado*, T. I, *Obligaciones y Contratos*, Revista de Derecho Privado, 1948.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., “Incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta antes de la perfección del contrato”, *Indret*, Barcelona, enero 2012.

RODRÍGUEZ MARÍN, C., “Oferta, aceptación y perfección en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos”, *VVAA Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E., “La reforma de los códigos, civil y de comercio: la unificación del derecho de obligaciones y contratos y la sede normativa del derecho de consumo”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 24, 2010.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *RCE*, núm. 52, septiembre 2004.

ROGEL VIDE, C.:

- “Momento y lugar de formación del contrato”, *VVAA Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, 1984, y en *La Ley*, núm. 4, 1982.
- “Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos”, *VVAA Libro Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Coordinadores ABRIL CAMPOY, J.M. y AMAT LLARI, E., T. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- “Declaraciones de voluntad contractuales y valor jurídico del silencio”, *RGLJ*, enero-marzo 2007.
- “En torno a la conclusión de los contratos”, *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al profesor D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Director VATTIER FUENZALIDA, C. et al. T. I, Dykinson, Madrid, 2003.

ROVIRA MOLA, A. y PALOMAR BARÓ, A., “Problemas de la contratación entre personas distantes”, *ADC*, T. XI, enero-marzo 1958.

SALVADOR CODERCH, P. y JOSEP SANTDIUMENGE, LL.M., “La influencia del Avant-project de revisión du Code Civil belge del François Laurent en el Código Civil español de 1889”, *VVAA Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. II, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

SÁNCHEZ CALERO, F. J., “Consentimiento prestado a través de fax. Validez y eficacia del contrato”, *Revista de Derecho Patrimonial*, octubre 1998.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, V. II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V., *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid, 2006.

SÁNCHEZ LERÍA, R., “Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo”, *Indret*, Barcelona, julio 2014.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.:

- “La europeización de las reglas de interpretación de los contratos en la Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos”, *VVAA Derecho Privado Europeo y la modernización del Derecho Contractual en España*, Director Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Atelier, Barcelona, 2011.
- “La interpretación del contrato”, *VVAA Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters y Sixto Sánchez Lorenzo, Navarra, 2009.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Obligaciones – Derecho de la Contratación*, 2ª edic., Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899.

SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios*, Thomson Civitas, Madrid, 2005.

SCALS PELLICER, J.:

- “Oferta” (Dº Civil), *NEJ*, Seix, Barcelona, 1986.
- “Aceptación” (Dº Civil), *NEJ*, Seix, Barcelona, 1950.

SERRANO FERNÁNDEZ, M., *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

SOTO NIETO, F., “Estimación jurídica del silencio”, *Revista de Derecho Español y Americano*, núm. 11-2, 1966.

URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 17ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1990.

VALÉS DUQUE, P., “La responsabilidad precontractual, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, separata, Anuario 2005.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Libro II. Contratos y otros actos jurídicos”, *VVAA Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho Español*, Coordinador VALPUESTA GASTAMINZA, Bosch, Barcelona, 2011.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo III, 1ª edic., Cuesta, Valladolid, 1909.

VATTIER FUENZALIDA, C.:

- “Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual”, *VVAA Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003.
- “La propuesta de la Comisión General de Codificación para la modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, *VVAA Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: Una perspectiva multidisciplinar. Libro conmemorativo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*, Coordinadores PÉREZ GIL, J. y ROMÁN PÉREZ, R., Universidad de Burgos, 2011.

VAQUER ALOY, A., “Marco general del nuevo Derecho de Contratos”, *VVAA Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, Director BOSCH CAPDEVILLA, Bosch, Barcelona, 2012.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T.:

- *Compraventa Internacional de Mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- *La obligación de conservación de las mercaderías en la compraventa internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

VIGURI PEREA, A., “En pro de un desconocido: los tratos preliminares”, *Libro homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. 3º, Universidad de Almería, 2000.

VON BAR, C. y CLIVE, E., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Selliers European Law Publishers GmbH, Munich, 2009.

ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations (Roman Foundations of the Civilian Tradition)*, Oxford University Press, 1990.

## ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

STS, Sala de lo Civil, 2 febrero 1990: 28 y 170	STS, Sala de lo Civil, 17 enero 2013: 42
STS, Sala de lo Civil, 26 febrero 1994: 28	STS, Sala de lo Civil, 11 marzo 2014: 42
STS, Sala de lo Civil, 28 mayo 1945: 28 y 74	STS, Sala de lo Civil, 14 diciembre 1940: 43
STS, Sala de lo Civil, 10 octubre 1980: 29, 37, 74, 79 y 369	STS, Sala de lo Civil, 17 mayo 1957: 43
STS, Sala de lo Civil, 26 noviembre 1987: 37 y 375	STS, Sala de lo Civil, 31 mayo 1965: 43
STS, Sala de lo Civil, 5 junio 1990: 37	STS, Sala de lo Civil, 26 marzo 1993: 43
STS, Sala de lo Civil, 11 abril 1996: 37	STS, Sala de lo Civil, 20 abril 1993: 43
STS, Sala de lo Civil, 30 mayo 1996: 37, 74, 263 y 266	STS, Sala de lo Civil, 3 octubre 2013: 43
STS, Sala de lo Civil, 5 abril 2013: 40	STS, Sala de lo Civil, 13 julio 2012: 43
STS, Sala de lo Civil, 6 mayo 2013: 40	STS, Sala de lo Civil, 29 septiembre 2010: 43
STS, Sala de lo Civil, 18 julio 2013: 40	STS, Sala de lo Civil, 29 noviembre 1930: 43
STS, Sala de lo Civil, 5 marzo 1896: 40	STS, Sala de lo Civil, 29 diciembre 1987: 43
STS, Sala de lo Civil, 20 mayo 1896: 40	STS, Sala de lo Civil, 15 noviembre 1993: 43, 53, 75 y 93
STS, Sala de lo Civil, 25 octubre 1924: 40	STS, Sala de lo Civil, 24 abril 2013: 44
STS, Sala de lo Civil, 13 febrero 2013: 40	STS, Sala de lo Civil, 8 febrero 1996: 53
STS, Sala de lo Civil, 11 abril 2013: 42	STS, Sala de lo Civil, 13 febrero 1989: 53
STS, Sala de lo Civil, 12 julio 2013: 42	STS, Sala de lo Civil, 7 diciembre 1983: 53
STS, Sala de lo Civil, 17 julio 2013: 42	STS, Sala de lo Civil, 15 noviembre 1993: 53
STS, Sala de lo Civil, 29 mayo 2014: 42	STS, Sala de lo Civil, 30 noviembre 2000: 53
STS, Sala de lo Civil, 15 enero 2013: 42	

STS, Sala de lo Civil, 28 septiembre 2006: 53

STS, Sala de lo Civil, 1 octubre 1990: 53

STS, Sala de lo Civil, 10 noviembre 1992: 53

STS, Sala de lo Civil, 6 octubre 1994: 53

STS, Sala de lo Civil, 27 junio 1996: 53

STS, Sala de lo Civil, 13 marzo 1997: 53

TS, Sala de lo Civil, 15 noviembre 1993: 53

STS, Sala de lo Civil, 29 noviembre 1930: 53

STS, Sala de lo Civil, 29 diciembre 1987: 53

STS, Sala de lo Civil, 14 marzo 2000: 53

STS, Sala de lo Civil, 10 marzo 1986: 54 y 71

STS, Sala de lo Civil, 13 mayo 2005: 54

STS, Sala de lo Civil, 25 noviembre 2011: 54

STS, Sala de lo Civil, 22 noviembre 1966: 55

STS, Sala de lo Civil, 16 marzo 2005: 55

STS, Sala de lo Civil, 13 abril 1982: 55, 170 y 215

STS, Sala de lo Civil, 27 marzo 2000: 55

STS, Sala de lo Civil, 22 junio 1979: 56

STS, Sala de lo Civil, 13 diciembre 2000: 56

STS, Sala de lo Civil, 4 julio 2003: 71

STS, Sala de lo Civil, 1 septiembre 2006: 71

STS, Sala de lo Civil, 24 julio 1989: 75

STS, Sala de lo Civil, 15 junio 1994: 76

STS, Sala de lo Civil, 17 noviembre 1986: 76

STS, Sala de lo Civil, 28 febrero 1996: 77

STS, Sala de lo Civil, 19 octubre 1993: 77

STS, Sala de lo Civil, 22 diciembre 1992: 77

STS, Sala de lo Civil, 24 junio 1991: 77

STS, Sala de lo Civil, 31 diciembre 1998: 79 y 165

STS, Sala de lo Civil, 8 marzo 1995: 88

STS, Sala de lo Civil, 19 diciembre 1990: 88, 170, 172 y 209

STS, Sala de lo Civil, 18 noviembre 1991: 88

STS, Sala de lo Civil, 20 mayo 1996: 88

STS, Sala de lo Civil, 2 noviembre 2010: 89

STS, Sala de lo Civil, 8 noviembre 1996: 93

STS, Sala de lo Civil, 15 febrero 1994: 93

STS, Sala de lo Civil, 24 diciembre 1994: 93

STS, Sala de lo Civil, 11 mayo 1993: 93

STS, Sala de lo Civil, 21 julio 1993: 93

STS, Sala de lo Civil, 15 noviembre 1993: 93

STS, Sala de lo Civil, 7 noviembre 1988: 93

STS, Sala de lo Civil, 20 noviembre 1992: 98

STS, Sala de lo Civil, 14 junio 1976:

STS, Sala de lo Civil, 27 enero 1977: 112

STS, Sala de lo Civil, 20 abril 1904: 118 y 147

STS, Sala de lo Civil, 9 marzo 1929: 118

STS, Sala de lo Civil, 22 diciembre 1956: 118, 123, 140 y 147

STS, Sala de lo Civil, 10 marzo 1978: 118

STS, Sala de lo Civil, 7 junio 1986: 118, 141, 147, 165, 210, 258 y 263

STS, Sala de lo Civil, 23 marzo 1988: 118, 140, 141, 205, 229, 301, 303 y 324

STS, Sala de lo Civil, 5 diciembre 1996: 118 y 263

STS, Sala de lo Civil, 7 marzo 1968: 118

STS, Sala de lo Civil, 22 diciembre 1956: 118

STS, Sala de lo Civil, 16 marzo 1961: 123

STS, Sala de lo Civil, 7 marzo 1968: 123

STS, Sala de lo Civil, 8 junio 1972: 123

STS, Sala de lo Civil, 7 marzo 1989: 126

STS, Sala de lo Civil, 11 julio 1989: 126

STS, Sala de lo Civil, 2 julio 1992: 126

STS, Sala de lo Civil, 17 diciembre 1993: 126

STS, Sala de lo Civil, 26 enero 1988: 139

STS, Sala de lo Civil, 9 octubre 1989: 139

STS, Sala de lo Civil, 30 junio 1994: 139

STS, Sala de lo Civil, 3 noviembre 1993: 140, 141 y 228

STS, Sala de lo Civil, 2 marzo 2004: 140

STS, Sala de lo Civil, 3 noviembre 1993: 140, 141 y 228

SAP, Salamanca, 26 diciembre 1995: 140

STS, Sala de lo Civil, 11 septiembre 1981: 140

STS, Sala de lo Civil, 7 junio 1986: 141

STS, Sala de lo Civil, 22 junio 1966: 164

STS, Sala de lo Civil, 13 marzo 1973: 164

STS, Sala de lo Civil, 26 febrero 1994: 164

STS, Sala de lo Civil, 14 marzo 1973: 165, 258 y 263

STS, Sala de lo Civil, 10 octubre 1962: 165, 258 y 263

STS, Sala de lo Civil, 26 marzo 1993: 165



STS, Sala de lo Civil, 31 diciembre 1998: 165

STS, Sala de lo Civil, 20 abril 2001: 165 y 263

STS, Sala de lo Civil, 19 junio 1980: 167 y 263

STS, Sala de lo Civil, 7 diciembre 1966: 167, 190 y 354

STS, Sala de lo Civil, 24 enero 1957: 168, 169, 170, 206, 209 y 210

STS, Sala de lo Civil, 10 octubre 1963: 168 y 197

STS, Sala de lo Civil, 8 febrero 1964: 168

STS, Sala de lo Civil, 28 abril 1986: 168

STS, Sala de lo Civil, 28 junio 1993: 168

STS, Sala de lo Civil, 24 mayo 1975: 169 y 209

STS, Sala de lo Social, 18 febrero 1981: 169

STS, Sala de lo Social, 24 marzo 1983: 169

STS, Sala de lo Civil, 14 junio 1963: 170, 172, 210 y 212

STS, Sala de lo Civil, 26 mayo 1986: 170 y 177

STS, Sala de lo Civil, 19 diciembre 1990: 170 y 177

STS, Sala de lo Civil, 11 julio 1994: 170 y 177

STS, Sala de lo Civil, 29 diciembre 1995: 170 y 172

STS, Sala de lo Civil, 28 febrero 1990: 170 y 177

STS, Sala de lo Civil, 31 marzo 1982: 170

STS, Sala de lo Civil, 24 octubre 1979: 170

STS, Sala de lo Civil, 7 octubre 1992: 170

STS, Sala de lo Civil, 21 febrero 1994: 170

STS, Sala de lo Civil, 28 septiembre 1987: 170

STS, Sala de lo Civil, 7 diciembre 1989: 172 y 209

STS, Sala de lo Civil, 30 noviembre 1965: 172

STS, Sala de lo Civil, 17 febrero 2005: 172

STS, Sala de lo Civil, 30 noviembre 1957: 172

STS, Sala de lo Civil, 28 junio 1993: 172

STS, Sala de lo Civil, 29 diciembre 1995: 172

STS, Sala de lo Civil, 6 abril 1963: 172

STS, Sala de lo Civil, 10 junio 1963: 172

STS, Sala de lo Civil, 27 enero 1964: 172

STS, Sala de lo Civil, 7 noviembre 1961: 172

STS, Sala de lo Civil, 5 octubre 1957: 172

STS, Sala de lo Civil, 17 febrero 1958: 172

STS, Sala de lo Civil, 14 junio 1963: 172

STS, Sala de lo Civil, 10 junio 1966: 172

STS, Sala de lo Civil, 19 diciembre 1990: 172

STS, Sala de lo Civil, 28 junio 1993: 172

STS, Sala de lo Civil, 14 junio 1965: 172

STS, Sala de lo Civil, 29 enero 1965: 173 y 209

STS, Sala de lo Civil, 13 octubre 2005: 173, 263 y 265

STS, Sala de lo Civil, 22 noviembre 1994: 173, 202, 210 y 211

STS, Sala de lo Civil, 8 noviembre 1983: 176

STS, Sala de lo Civil, 28 septiembre 1987: 176

STS, Sala de lo Civil, 28 febrero 1990: 176

STS, Sala de lo Civil, 7 julio 1990: 176

STS, Sala de lo Civil, 21 febrero 1994: 176

STS, Sala de lo Civil, 13 diciembre 1993: 177

STS, Sala de lo Civil, 26 mayo 1986: 177

STS, Sala de lo Civil, 28 febrero 1990: 170 y 177

STS, Sala de lo Civil, 22 diciembre 1992: 170

STS, Sala de lo Civil, 28 abril 1986: 170

STS, Sala de lo Civil, 26 mayo 1986: 170

STS, Sala de lo Civil, 11 julio 1994: 170

STS, Sala de lo Civil, 17 diciembre 1990: 184

STS, Sala de lo Civil, 2 junio 1981: 190

STS, Sala de lo Civil, 21 julio 1994: 190

STS, Sala de lo Civil, 10 julio 2003: 190

STS, Sala de lo Civil, 7 noviembre 2005: 190

STS, Sala de lo Civil, 10 mayo 2007: 190

STS, Sala de lo Civil, 3 marzo 1904: 190

STS, Sala de lo Civil, 8 mayo 1920: 190

STS, Sala de lo Civil, 21 mayo 1924: 190

STS, Sala de lo Civil, 10 julio 1935: 190

STS, Sala de lo Civil, 27 diciembre 1966: 190

STS, Sala de lo Civil, 26 noviembre 1970: 190

STS, Sala de lo Civil, 16 abril 1985: 190

STS, Sala de lo Civil, 3 julio 1987: 190

STS, Sala de lo Civil, 1 marzo 1990: 190

STS, Sala de lo Civil, 20 marzo 1990: 190

STS, Sala de lo Civil, 30 abril 1992: 190

STS, Sala de lo Civil, 18 enero 1996: 191

STS, Sala de lo Civil, 14 diciembre 1987: 192

STS, Sala de lo Civil, 28 junio 1996: 192

STS, Sala de lo Civil, 7 febrero 1997: 192 y 194

STS, Sala de lo Civil, 21 febrero 1995: 193

STS, Sala de lo Civil, 17 octubre 1932: 194 y 325

STS, Sala de lo Civil, 29 marzo 1995: 194

STS, Sala de lo Civil, 30 noviembre 2001: 194

STS, Sala de lo Civil, 3 julio 1987: 194

STS, Sala de lo Civil, 10 mayo 2007: 194

STS, Sala de lo Civil, 17 mayo 1971: 195

STS, Sala de lo Civil, 22 junio 1989: 195

STS, Sala de lo Civil, 14 mayo 1991: 195

STS, Sala de lo Civil, 31 mayo 1991: 195

STS, Sala de lo Civil, 25 julio 1991: 195

STS, Sala de lo Civil, 13 mayo 1992: 195

STS, Sala de lo Civil, 31 marzo 1998: 195

STS, Sala de lo Civil, 2 abril 2004: 195

STS, Sala de lo Civil, 9 diciembre 2005: 195

STS, Sala de lo Civil, 13 mayo 1992: 195

STS, Sala de lo Civil, 10 febrero 1967: 195

STS, Sala de lo Civil, 1 mayo 1990: 195

STS, Sala de lo Civil, 3 julio 1987: 190

STS, Sala de lo Civil, 17 julio 1995: 190

STS, Sala de lo Civil, 4 julio 1984: 199

STS, Sala de lo Civil, 10 noviembre 1944: 199

STS, Sala de lo Civil, 24 noviembre 1954: 199

STS, Sala de lo Civil, 19 enero 1957: 199

STS, Sala de lo Civil, 5 febrero 1983: 199

STS, Sala de lo Civil, 3 febrero 1998: 199

STS, Sala de lo Civil, 25 noviembre 1966: 202

STS, Sala de lo Civil, 21 diciembre 1981: 202

STS, Sala de lo Civil, 22 noviembre 1994: 202

STS, Sala de lo Civil, 25 noviembre 1994: 202

STS, Sala de lo Civil, 23 mayo 1935: 203

STS, Sala de lo Civil, 5 abril 1997: 203

STS, Sala de lo Civil, 20 abril 1944: 204

STS, Sala de lo Civil, 14 enero 1964: 204

STS, Sala de lo Civil, 16 julio 1992: 204

STS, Sala de lo Civil, 1 abril 1993: 204

STS, Sala de lo Civil, 4 octubre 1993: 204

STS, Sala de lo Civil, 30 junio 1994: 204

STS, Sala de lo Civil, 8 marzo 2000: 204

STS, Sala de lo Civil, 29 abril 2008: 204

STS, Sala de lo Civil, 8 mayo 2012: 204

STS, Sala de lo Civil, 11 diciembre 1995: 204

STS, Sala de lo Civil, 7 julio 1990: 204

STS, Sala de lo Civil, 16 junio 1963: 206

STS, Sala de lo Civil, 19 febrero 1992: 206

STS, Sala de lo Civil, 17 noviembre 1995: 206

STS, Sala de lo Civil, 11 octubre 1990: 208

STS, Sala de lo Civil, 19 octubre 2006: 208

STS, Sala de lo Civil, 30 junio 1995: 206

STS, Sala de lo Civil, 16 abril 1985: 208

STS, Sala de lo Civil, 6 diciembre 1986: 208

STS, Sala de lo Civil, 6 octubre 1988: 208

STS, Sala de lo Civil, 21 febrero 2008: 208

STS, Sala de lo Civil, 13 febrero 1978: 209

STS, Sala de lo Civil, 30 octubre 1980: 209

STS, Sala de lo Civil, 18 octubre 1982: 209

STS, Sala de lo Civil, 23 septiembre 1986: 209

STS, Sala de lo Civil, 24 noviembre 1943: 209

STS, Sala de lo Civil, 29 enero 1965: 209

STS, Sala de lo Civil, 19 diciembre 1990: 209

STS, Sala de lo Civil, 28 junio 1993: 209

STS, Sala de lo Civil, 16 abril 1985: 209

STS, Sala de lo Civil, 7 diciembre 1989: 209

STS, Sala de lo Civil, 31 enero 2008: 210

STS, Sala de lo Civil, 26 febrero 1994: 210

STS, Sala de lo Civil, 17 noviembre 1995: 210

STS, Sala de lo Civil, 10 junio 2005: 211 y 212

STS, Sala de lo Civil, 21 marzo 2003: 211

STS, Sala de lo Civil, 22 noviembre 1994: 211

STS, Sala de lo Civil, 9 junio 2004: 210 y 212

STS, Sala de lo Civil, 24 abril 2012: 210

STS, Sala de lo Civil, 21 octubre 2011: 210

STS, Sala de lo Civil, 17 septiembre 1954: 215

STS, Sala de lo Civil, 30 marzo 1994: 217

STS, Sala de lo Civil, 9 octubre 1981: 217

STS, Sala de lo Civil, 17 septiembre 2010: 224

STS, Sala de lo Civil, 2 junio 2009: 224

STS, Sala de lo Civil, 15 febrero 1974: 263

STS, Sala de lo Civil, 19 junio 1980: 263

STS, Sala de lo Civil, 3 noviembre 1955: 263

STS, Sala de lo Civil, 30 enero 1965: 263

STS, Sala de lo Civil, 30 octubre 1995: 263

STJUE 14 junio 2012: 281

STS, Sala de lo Civil, 9 mayo 2013: 281

STS, Sala de lo Civil, 16 julio 2014: 281

STS, Sala de lo Civil, 11 febrero 2015: 281

STS, Sala de lo Civil, 25 marzo 2015: 281

STS, Sala de lo Civil, 21 junio 1945: 317 y 325

STS, Sala de lo Civil, 31 octubre 1924: 325

STS, Sala de lo Civil, 3 enero 1948: 348 y 373

STS, Sala de lo Civil, 23 junio 1966: 354

STS, Sala de lo Civil, 3 junio 1968: 354

STS, Sala de lo Civil, 27 junio 1968: 354

STS, Sala de lo Civil, 13 octubre 1981: 354

STS, Sala de lo Civil, 26 mayo 1976: 368

STS, Sala de lo Civil, 7 noviembre 1977: 368

STS, Sala de lo Civil, 28 mayo 1976: 368

STS, Sala de lo Civil, 29 septiembre 1981: 368

STS, Sala de lo Civil, 3 mayo 1978: 370

STS, Sala de lo Civil, 5 junio 1963: 372

STS, Sala de lo Civil, 31 marzo 1970: 372

STS, Sala de lo Civil, 19 mayo 2015: 37

STS, Sala de lo Civil, 30 julio 1996: 375

STS, Sala de lo Civil, 26 noviembre 1987: 375

STS, Sala de lo Civil, 31 diciembre 1997: 375

STS, Sala de lo Civil, 28 abril 1999: 375

STS, Sala de lo Civil, 28 enero 2000: 375

STS, Sala de lo Civil, 25 febrero 1956: 377

STS, Sala de lo Civil, 4 febrero 1995: 377

STS, Sala de lo Civil, 29 abril 1986: 379

STS, Sala de lo Civil, 31 mayo 1993: 379

# NEW PERSPECTIVE ON CONTRACTUAL

## GENESIS AND PERFECTION

### I. INTRODUCTION

The starting point of the present research is the Proposal for the Preliminary Draft Law on the Modernisation of the Obligations and contracts Law (from now on Modernisation Proposal of the Civil Code), developed by the Civil Law Section of the General Codification Commission [*Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación*] and published by the Ministry of Justice in the January 2009 Information Bulletin. The opportunity of the aforementioned Proposal is advocated in the brief introductory note that precedes it on the advisability to reform the regulation on obligations and contracts contained in the mentioned body of laws. Such modification is a recurring subject in doctrinal debates in our country as well as in legal systems with a similar legal tradition. For this reason we have considered it appropriate to focus our research on the analysis of the changes advocated by such Modernisation Proposal.

The Civil Code in force in our country was published in the «Gaceta de Madrid» No. 206, 25 July 1889, pursuant to Royal Decree of 24 July. From such a faraway date to the present day, this body of legislation has undergone the modification or elimination of several of its rules and the inclusion of new ones, even though the prevailing tendency is the first one outlined. Notwithstanding, the regulation on obligations and contracts has remained practically untouched since the time of its enactment. Paradoxically, it is the part of Civil Law, together with Family Law, that has experienced the most significant evolution, however, unlike this last branch, the changes derived from such development have not been included in the Civil Code, since they have been undertaken through legislation outside of the Civil Code.

If we focus our attention on the regulation it contains on contracts, we find general provisions, requisites for their validity, precepts regarding their effectiveness, rules for the interpretation and sections related to the notions of termination and nullity. As an unavoidable requisite, it should be noted the requirement for the parties' consent, referred to by sections 1.258, 1.261 and 1.262. However, the Civil Code does not foresee any regulation regarding the drafting of the contract and it barely deals with its perfection. This flagrant absence, together with the reigning confusion regarding the category of contractual default, are the

arguments that, summarising, have resulted in a large part of our doctrine claiming for the reform of the Obligations and contracts Law.

Our Civil Code was directly influenced by the homonymous French one, and like this one and other compendia of the same period, reflects the prevailing rationalist iusnaturalism. Thus, all of them adopt the initial premise by which “*solus consensus obligat*”, and hence they conceive the contract as the exclusive result of the concurrence of wills, reached by the future contracting parties both being equally free and equal. According to us, this conception caused that the nineteenth-century law maker believed that regulating the drafting process of the contract as well as the circumstances that determined its perfection was unnecessary. Despite believing that such starting point was erroneous and that it did not even adjust to its historical period, the numerous and crucial transformations that have taken place in our society since the Civil Code was first published advice for the revision of said stance.

Amongst the innovations pointed out, the unprecedented development of transports and communications should be stressed. To describe this unusual progress, it has been coined an expression broadly used even by law makers – national or EU ones – which very well describes the progresses achieved: “Information Society”. Likewise, the term “Global Village”, used to highlight another aspect characterizing the present society, is widespread. Both formulas refer to the increasing human interconnectivity at global scale generated by electronic means of broadcasting. Such evolution has provoked a substantial increase of the exchange of tangible goods and novel digital products among subjects located in different countries which, hence belong to separate legal cultures.

Likewise, this growth has not only affected the activities carried out among enterprises and merchants, but it has also had an effect on the development of natural persons in the framework of their non-professional relations. In fact, we believe that the real revolution is the result of increasing cross-border economic operations among merchants and individuals or of these last ones among themselves. The importance that this type of transactions has acquired has propitiated the consolidation of the consumer and end-user. In turn, the mass-production of goods and services to meet the increasing demand has led to the appearance of a new contracting system through the standardization of general terms and conditions for a large number of contracts that exceeds the present Civil Code approach.

The emergence of this new protagonist in the contractual stage has led to the revision of the premises on which the nineteenth-century conception of contract are

built, and, especially, the hypothetical situation of equality and freedom on which the contractual relations are developed. This fallacy became ever more evident as the result of the increasing intervention of individuals in the commercial scene. The confirmation of this reality induced law makers to recognise that this group requested an adequate level of protection to recuperate the balance of contractual positions. Consequently, protective regulations have been dictated regarding the interests of consumers and end-users containing specific mechanisms which, in purity, aim at preserving their contractual autonomy. In turn, the specificity of its objective has led to the adaptation of the general theory of contracts.

At the political level certain changes affecting the world of Law have also taken place and, regarding our subject matter, we should point out the creation of supra-national entities that mean a *de facto* abandonment of certain areas of national sovereignty by Member States. In this sense, it should be emphasised the particular significance the European Union has acquired, and that EU pretends to strengthen. The appropriate protection of consumers has become one of the major lines of action of the EU legislator, thus a large number of Directives have been approved to attain that aim. In this way, they not only determine the new Consumer Law branch, but they also make up the origin of European Contractual Law. Hence, they act as a new factor contributing to back the opportunity to reform the Civil Code in the direction adopted by the Modernisation Proposal.

When transposing such provisions, the Spanish law maker has opted for their individualised incorporation in sectorial laws. This legislative technique has caused an acute regulatory dispersion and inconsistencies regarding the rest of the system due to the speciality of principles and institutions of such discipline. Thus, a new debate has emerged on the convenience of choosing another method leading to the orderly and systematic integration of such original *corpus iuris*. The alternative advocates the introduction of the substantial core of Consumer Law within the Civil Code, given its characterization as compendium of general principles, while case-study aspects would be referred to special laws. The paradigm of this option is in the B.G.B. in connection with the modernization of the Obligations Law which the German legal system has recently carried out.

The constant technological advances that have taken place since the last third of the past century have triggered the emergence of new media that allows for the connection of all kinds of people anywhere in the world at an accessible cost, while also managing that the speed of transmission of their declarations resembles simultaneity. These phenomena have undermined the axioms supporting certain legal entities, resulting in the creation of blurred contractual categories. In addition they have revealed that the contract concept actually coined by the Civil Code does



not offer adequate answers to said new challenges. However, these limitations, together with others whose examination exceed the scope of this research, should not lead us to consider a new crisis of such institution.

On the contrary, the situation created due to the set of circumstances succinctly mentioned above has strengthened and fostered the legal character of the contract. Nonetheless, it has also revealed the complexity of situations it has to face. Inevitably, the scarce regulation envisaged by our leading Code of Common Law in the contractual area has proven to be totally insufficient, becoming obvious, not only the convenience, but the need to reform it. The advocated changes would lead, on one hand, to the revision and reorganization of certain legal characters – contractual default–. Besides, and in regard to the present research, they would be reflected in the incorporation *ex novo* of a series of regulations that govern the creation phase of contracts and in the adjustment of the approach and criteria on contractual perfection.

However the Modernisation Proposal of the Civil Code not only addresses the improvements mentioned, but it also faces a change whose significance is ever more important. In this sense, the proposed modifications introduce characteristic features of a new notion of contract detached from the nineteenth-century vision of such institution. However, it also maintains defining notes of the traditional view and, in certain occasions, it does not manage to adequately reconcile both positions. According to us, the situation we are in, caused by the transformations that have come into being since the approval of the Civil Code, justifies the adoption of a new more suiting perspective. What has yet to be made clear is if the point of view sustained by the aforementioned Proposal is the correct one or if, failing this, if it is more appropriate than the one maintained by the Civil Code in force.

Thus, the assessment of the different tools that the drafters of project for the partial reform of the Civil Code have used as models it is required and, in particular, the contract notion that they back, besides evaluating the technical soundness of the particular changes. It is in this spirit that we have to point out that the international expansion of trade has revealed the incapacity of national legislations to adequately solve the new conflicts. Likewise, nor the conflict regulations appertaining to Private International Law bring forth effective solutions, since they merely designate the State legislation that must solve such dilemmas. In doing so, supra-national regulations have regained importance, having also managed to combine a high scientific quality. Logically the Modernisation Proposal has focused on such kind of regulations.

The aforementioned Proposal has taken as its primordial reference the United Nations Convention on the International Sales of Goods, of 11 April 1980 (from now onwards, the 1980 Vienna Convention). The main virtue of this legal text is that it projects itself on the conciliation of all kinds of differences and, inasmuch as it affects us, on the acceptance of disparities between the two most deeply rooted legal systems worldwide: Civil Law and Common Law. The reverse side is reflected in the imprecision and, sometimes, the contradictions that their precepts enclose, considering that the overcoming of the usual confrontation between such legal visions meant pushing the compromise technique of signatory States to extremes. However, it has been recognised that total harmony was not achieved, and some attribute the predominant influence to Common Law.

Despite the specificity of its objective and subjective scope, the success obtained by the Viennese Convention has resulted in the defence of its application to any contract, sales or not, international or domestic. The high technical level of the Viennese text is highly accepted, propitiating later non-binding instruments of Uniform International Commercial Law to consider it its overriding paradigm. The Spanish doctrine invokes its pre-eminence in the possible reform of national Contract Law, as well as its usefulness to remedy the shortcomings of our legal system and, especially, the ones that afflict the contractual genesis. It is argued, in on the one hand, the almost total absence of regulation and, on the other hand, that the archetype of the Viennese Convention is based on the universal scheme of offer and acceptance, as well as in sections 1.262 of the Civil Code and 54 of the Commercial Code.

On the other hand, it is stated that the Viennese regulation on contract creation is applicable to any contract, despite the fact that it falls within the civil or commercial area of influence. In the first place, the situations provided for in the Viennese text are not exclusive to the sale contract, and, secondly, such Convention obviates the distinction between civil and commercial contracts. Notwithstanding the foregoing, the doctrine deems that the Viennese Convention assumes a commercial nature, pointing to a change of trend. As opposed to the usual mechanics that use civil rules to fill the gaps, commercial legislation is used to address the absence of regulations that govern contract generation. Consequently, the Spanish doctrine also suggests that the Viennese text can inspire the unification of the general theory of obligations and contracts in our country.

To that effect we have to underline that the reform of sections 1.262 of the Civil Code and 54 of the Commercial Code, introduced by Law 34/2002, of Information Society Services and Electronic Commerce [*Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*] (from now on LSSI), unified the legal

criteria to determine the time and location of contractual perfection. However, the expectations created have not produced further rapprochement between both disciplines. Likewise, we have to keep in mind that the starting point of the Modernisation Proposal was necessary in order to harmonise the civil and commercial legislation in the contractual arena, being its first step the unification of the regulation of sales contract thanks to the 1980 Vienna Convention ratified by Spain in August 1991. However, such an ambitious objective was reduced and the reform of Book IV of the Civil Code was continued following its traditional structure.

On the other hand, the significant difficulty to reach the necessary consensus to approve legislative bodies of international reach has led to the emergence of another kind of tools. This phenomenon meets the need of the increasing influence of non-governmental organisations that bring together prestigious jurists appertaining to different legal systems. One of the objectives of these private bodies is the elaboration of non-legislative instruments that harmonise substantive provisions of contractual nature, termed as “soft law”, integrated in the Uniform Law on International Trade. Its influence on the above mentioned proposal is attributed to the Principles of International Trade Contracts, elaborated by the International Institute for the Unification of Private law (from now onwards Unidroit Principles) and to the Principles of European Contract Law, drafted by the Commission on European Contract Law, known as the Lando Commission (from now on PECL).

Regarding this last uniform text, we should point out that its scope of action is limited to the European Union, but that the legal systems considered to write the PECL were not limited to such territorial scope in order to find the best solutions. Additionally, the main objective of this “soft law” tool was aimed at the creation of a Contractual Law infrastructure valid for the entire Union that would support sectorial Directives issued by contractual field that would serve as the starting point for a future European Civil Code. In this sense it should mentioned the dispute that arose within Europe regarding the elaboration of such body of law and the process that was started for the internal harmonisation of Contractual Law, where the Parliament and the Commission have had a very active role, aiming at strengthening the single market.

Without prejudice to the crucial consequences that the unification of European contractual regulations would bring forth, one of the effects of said evolution affecting the present research has been the development of two texts of the utmost significance. Their crucial role can be observed in the unique perspective that they have adopted with regard to the structure and systems, as well as by the

objectives pursued. We have decided to use them as a contrast in our analysis on the amendment of the reform recommended by the Modernisation Proposal, despite the fact that this one could not use them as references being from a later date than its presentation. We are referring to the Draft Common Frame of Reference (from now onwards DCFR), and to the Regulation Proposal on common European sales rules, as well as to its predecessor, the Feasibility study for a future instrument in European Contract Law.

## **II. OBJECTIVES AND RESULTS**

Despite the fact that the Modernisation Proposal of the Civil Code faces changes that affect the field of obligations in general, as well as several stages of the contractual *iter*, we have decided to deal with the amendments concerning the contractual genesis and perfection. The selection of the phase of contract creation has been mainly due to the fact that it has been observed that its adequate regulation has a positive influence on the correct development of legal relations. Likewise, the almost total absence of regulations that govern the performance of the parties during the preliminary negotiations leading towards the achievement of the final agreement, urgently requests that we should focus on that particular stage. Nevertheless, given the scale of such a task, we have been forced to exclude the analysis of certain areas, such as the one termed pre-contractual phase.

We have preferred to focus on the study of offer and acceptance, since the mentioned Proposal respects the classical bilateral scheme where such declarations converge, and on the examination of contractual perfection. To that effect, our research has been structured in chronological order, matching with the approach of the Modernisation Proposal. Hence, we start with the analysis of the regulation of the initial proposition; we review how the previous one conforms and we finalise with the revision of criteria that establishes the time and place of contractual conclusion. Concerning the method, we have deemed that the most useful one will be the case-by-case study of the essence and of the different elements that could ail the two manifestations of willingness indicated.

Thus, following the analysis of such eventualities, we state the position of the Modernisation Proposal, contrasting it, on the one hand, with the existing situation, be it the limited provisions of the Civil Code in force, the position of the doctrine and, normally, of jurisprudence and, on the other hand, with the position of its precursors. Finally we assess the good judgement or failure of the planned amendment in the regulations envisaged by the aforementioned Proposal considering the general objective, which should be that they constitute the appropriate legal support for the decisive stage of the contractual process as well as

the adequate composition of the interests involved. In regard to the offer, we have approached the study of its notion and nature as well as the examination of the requisites for its proper configuration, both from objective and subjective perspectives, with particular emphasis on the price of goods and services, traditionally and inexcusably requested.

We have also revised all eventualities that may affect the coming into force of the contractual initiative, amongst which the concept of revocation should be pointed out, given the fact that its importance goes beyond its condition as the cause of termination of the offer, and the new dimension conferred to the initial impossibility of the subject of the contract. As for the acquiescence expressed by the recipient of the proposed agreement, we have started our approximation by examining the concept and the general characteristics of such declaration. However, according to the spiritualised principle that permeates our legislation, we have dwelled in the observation of the different shapes of how acquiescence is externalized, some of them as complex as silence or as novel as the commencement of the provision by the eventual accepting party. Furthermore, we have considered appropriate to analyse the feasibility of the category of the tacit offer in question with regard to the previous study.

As to the expiry of the acceptance, we have tackled the controversy on the deadline for its valid formulation, the struggle for a possible minimum period of validity of the offer as well as the exceptions to the traditional demand for the acceptance declaration within a determined period of time and, finally, its withdrawal. Furthermore, we have delved in the new counter-offer concept, since it allows for contractual completion. To finalise the analysis of these declarations of willingness, which are essential for the conclusion of numerous contracts, we have undertaken the new approach regarding its substantial nature when the parties undergo death or permanent incapacity, as well as the innovative hypothesis about the extinction of their representative capacity. Finally, we have analysed the different criteria that the Civil and Trade Code have maintained since their enactment regarding the time and place of contractual perfection, and the novel position of the Modernisation Proposal.

It needs to be pointed out that these are the only two matters where the Spanish law maker has consolidated Civil and Trade Law. The final result of our research focuses on obtaining two conclusions. The first one gears towards the general assessment of the reform raised by said Proposal according to its objectives and, especially, to the principles on which it is built. Secondly, we have assessed the particular changes that the present Civil Code seeks to introduce and, in certain cases, we have suggested alternatives. The envisaged options range between the

maintenance of the present *status quo*, which normally implies defending the position of the doctrine or of jurisprudence; its replacement by the remedy contemplated by the Unidroit Principles or by the PECL, as opposed to the continuous support of the 1980 Vienna Convention's rules; or presenting other choices, although these are usually close to the pre-legislative project which is the subject matter of our research.

### **III. CONCLUSIONS**

Without prejudice to the fact that the review of all material modifications suggested by the Modernisation Proposal of the Civil Code does not yield a positive appreciation, the overall assessment of this partial reform draws us to praise the First Section of the General Codification Commission [*Comisión General de Codificación*] on its initiative to renew certain parts of the Common Law Code which, according to us, is urgently required. Furthermore, it is inspired on models whose technical quality is universally recognised by scientific opinions. Notwithstanding, we should consider that sometimes we have pointed out the opportunity to qualify the solutions provided by the envisaged regulations or, rarely, we have suggested either deep changes and even substituting them, inasmuch as they are texts appertaining to the Uniform Law on International Trade, and their perspective does not always result in the adequate composition of the interests at stake.

Nonetheless, we have not identified generalised inconsistencies coming from the commercial point of view out of which the outlined changes stem and how they fit within the body of legislation that regulates civil relations par excellence. The only example of a serious inconsistency is evidenced in the restriction of offers to the public, and its *iuris tantum* consideration as *invitatio ad offerendum*. We share the prevailing stance in the doctrine and in jurisprudence on the admission of such kind of contractual propositions. The repudiation of these hypotheses could be attributed to the safeguard of business purposes and, hence, to the commercial point of view of the aforementioned Proposal due to the influence exercised by the 1980 Vienna Convention. Furthermore, it contradicts that proposal's enshrinement of the principle of advertising integration of the contract, which initially surpassed the civil and commercial spheres, although it presently seems to be circumscribed to consumption contracts.

Without prejudice to the above mentioned, we do not find any other discrepancies of similar importance within the text of the Modernisation Proposal. In this sense, we should point out that Private Law is currently immersed in a complex process, since contradictory points of view coexist. On one hand, a trend towards the commodification is to be found, as reflected in the imitation of the

principles and remedies established in the commercial sphere by the general regulations on obligations and contracts. Furthermore, a generalisation and objectification of Trade Law has been observed. The wide use of legal concepts that mirror the business or commercial sphere by people who do not belong to such sectors, has caused certain categories and axioms to lose their specific commercial characteristics, shifting towards Civil Law which, in this way, consolidates and reinforces its presence.

The combination of typically commercial key principles and institutions appertaining to the civil sphere are reflected in the Modernisation Proposal and, in our view, they seem to properly solve the problems of our time. In the same line, we believe that the combination of traditional principles of Civil Law with axioms that are closer to Common Law does not skew the final result, but rather complements it. The doctrine has shown relevant similarities vis-à-vis legal systems falling under the second concept, either due to the ratio of regulations or solutions presented by experts or to the similarity of the consequences arising. Thus, the generalised criticism to the adoption of principles apparently foreign to our legal culture is not justified. As regard to the contractual creation, one of the aims of the aforementioned Proposal is to facilitate procurement, since it links economic development with the proliferation of contracts.

To this end, it is considered necessary to remove certain restrictions contained in the present Civil Code. The key principle could be described as eminently commercial, since it seeks stimulating the economic activity. Besides, the possibility to restrict the existing requirements for the conclusion of contracts should be noted with caution, since it could limit the principle of legal certainty traditionally associated with the civil sphere. Nonetheless, the reduction of contracting requirements also promotes the total respect for contractual autonomy, which is equally a civil axiom. According to our point of view, the promotion of contracts is not an exclusively commercial axiom since, in today's world all participants are interested in that objective at different albeit converging levels. Furthermore, we have to bring up the issue that the law maker has notably increased the safeguard of contracting parties who demand particular protection.

Another purpose of the Modernisation Proposal is dealing with the new relation existing between the Obligations and Contracts Law and the recent branch of Consumer Law, whose premises have altered the traditional perspective. Following the German example, said Proposal introduces the essential core of these specific provisions in the Civil Code. The two objectives mentioned, as well as the mechanisms for their achievement, affect the contractual genesis, whereas the regulation that presents the aforementioned Proposal adapts to such plans.

Nevertheless, the drafted regulations are based on the classical bilateral scheme of exchange of offers and acceptances which, in turn, respect the international tools upon which it is based. Besides, the reduction of requirements for the conclusion of contracts is connected with the concept of such legal figure. The widespread opinion points out at the fact that the nineteenth-century concept is basically well-intentioned, seeing it as the exclusive result of the agreement of intents.

However, the nineteenth-century law maker widely mitigated this assertion due to the demands required to future contracting parties. The contract notion that emerges from the Modernisation Proposal seems more in line with the defence of the principle of contractual autonomy, even though it does not incorporate all changes proclaimed by its reference texts and it keeps some characteristic aspects of the Civil Code point of view. In general, said Proposal follows on from the line advocated by the 1980 Vienna Convention, which shows a lesser degree of transformation than the other predecessors, something which has been especially observed in relation to the offer. On the other hand, the feeble reception of such changes generates serious discrepancies with regard to the enduring regulations of the Common Law Code. In other instances, the Modernisation Proposal is closer to the Unidroit Principles and the PECL. In this way, the initial impossibility of the object would stop having an impact on the validity of the contract, allowing for the conclusion of contracts.

Likewise, it should also be underscored that, sometimes, the Modernisation Proposal exceeds all its models, as is the case with the recognition of the substantial nature of the offer and the acceptance, which seems to follow the orientation of the European Contract Code of the Pavia Group. The new guidelines foster the conclusion of contracts. A third purpose underlying the philosophy of said Proposal, which implies the observance of selected models, is the approximation to the European legal systems. The objective is to decrease the existing differences in order to facilitate cross-border operations, while waiting for the future unification of the legislation on European Contract Law. As for the specific improvements suggested by the Modernisation Proposal, in general it is positively assessed, except for specific situations such as offers to the public.

Normally, opinions contrary to the position of said Proposal reflect the absence of norms that regulate extremes that, in our view, should cover, especially regarding specific aspects of the legal forms it includes –e.g. revocation–. Finally, we would like to point out that, just as the most authoritative doctrine, we value the prudence and common sense shown by the Civil Code, given the social, economic and technical limitations, as well as the political problems inherent to the time it



was enacted. Furthermore, we do not forget the chaos and legislative overlapping which, fortunately, it remedied. Neither do we ignore the work carried out by jurisprudence and the doctrine to fill the gaps or to overcome the internal contradictions of said body of law, and we can accept that, in certain historical moments, they were the most adequate means to solve such difficulties.

Nevertheless, we are doubtful that that method is the most suitable one to regulate the basic aspects of civil relations, given the legal insecurity it entails and, thus, we do not believe it should be perpetuated any longer. The circumstances constraining the nineteenth-century encoder disappeared decades ago, and our society has experienced changes which diverge from such approach. Furthermore, it has been noted an evolution started by other legal systems and the appearance of scientific alternatives to remedy said deficiencies or, simply, to better adapt to the new situation. In our opinion, this is the time to face a deep revision of the Civil Code, and the Modernisation Proposal is a key plank to undertake such a task, even though we believe it should be reviewed in the light of the present panorama, and it should consider the remarks set out in our research.

# **PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN** **DEL CÓDIGO CIVIL**

## **TÍTULO II** **De los contratos**

### **CAPÍTULO PRIMERO** **Disposiciones generales**

#### **Artículo 1236.**

Por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, y establecer reglas para las mismas.

#### **Artículo 1237.**

Las partes podrán obligarse mediante el contrato del modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas y su alcance y cumplimiento no pueden dejarse al mero arbitrio de uno de los contratantes.

#### **Artículo 1238.**

1. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral. Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo.
2. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario.

La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.

3. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado.

4. Cuando un contrato contenga elementos de diversos contratos típicos, se aplicarán conjuntamente las disposiciones relativas a estos contratos en aquello que se adecue con la causa del contrato celebrado.

#### **Artículo 1239.**

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional.

La manifestación de voluntad puede hacerse de modo expreso o resultar de actos concluyentes.

#### **Artículo 1240.**

Habrán de constar para su validez en documento público los contratos para los que la ley así lo disponga expresamente.

En los demás casos, podrán los contratantes compelerse recíprocamente a llenar la forma de documento público u otra especial en cualquiera de los siguientes supuestos:

1.º Cuando la ley exija tal forma para que el contrato celebrado alcance determinados efectos y, en especial, cuando se trate de contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

2.º Que esté así estipulado en el contrato.

También las partes podrán compelerse recíprocamente a que conste por escrito, aunque sea privado, el contrato celebrado cuando la cuantía de cualquiera de las prestaciones exceda de la cantidad mínima de diez mil euros.

Serán de cargo de quien la exige los gastos de forma, salvo los casos en que el contrato o la ley establezca otra cosa.

#### **Artículo 1241.**

Un contrato que conste por escrito en el que exista una cláusula que exija que cualquier modificación o extinción del mismo por mutuo acuerdo se haga por escrito, no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, aquella de

las partes que con su comportamiento en relación a la modificación o extinción del contrato haya generado en la otra una confianza legítima, no podrá invocar la citada cláusula.

#### **Artículo 1242.**

No impedirá la perfección de un contrato, si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales y quieren vincularse ya, el que hayan dejado algún punto pendiente de negociaciones ulteriores.

Si en el curso de una negociación y antes de alcanzarse el acuerdo, una de las partes hubiera manifestado a la otra que el contrato no se entendería celebrado hasta haber extendido el referido acuerdo a determinadas cláusulas o condiciones o hasta que se suscriba un documento, el contrato no estará formado mientras tales requisitos no se cumplan.

#### **Artículo 1243.**

Los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

#### **Artículo 1244.**

Los contratos solo producen sus efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo que del propio contrato o la ley resulte otra cosa.

## **CAPÍTULO II DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO**

### **Sección primera. De las negociaciones**

#### **Artículo 1245.**

1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento.

2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse.

4. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra.

En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.

5. La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones.

## **Sección segunda. De la formación del contrato por oferta y aceptación**

### **Artículo 1246.**

La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta siempre que precise los elementos necesarios del contrato o prevea la forma de determinarlos y revele la voluntad del oferente de obligarse.

La propuesta de contratar que se dirija a personas indeterminadas se considerará como simple invitación a presentar ofertas a menos que el proponente exprese lo contrario.

### **Artículo 1247.**

La oferta tendrá efectividad cuando llegue al destinatario.

Aun cuando fuere irrevocable, la oferta podrá ser retirada siempre que la retirada llegue al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

### **Artículo 1248.**

La oferta será, sin embargo, irrevocable:

1.º Cuando el oferente le hubiere atribuido este carácter.

2.º Cuando en la oferta se haya fijado un plazo para la aceptación, a menos que el oferente se haya reservado expresamente la facultad de revocarla.

3.º Cuando el destinatario de la oferta hubiera podido confiar por las declaraciones o comportamiento del oferente en el carácter irrevocable de aquélla y hubiera realizado actos o negocios sobre la base de esta confianza.

#### **Artículo 1249.**

Toda oferta, aún cuando fuere irrevocable, queda ineficaz en el momento en que la comunicación rechazándola llegue al oferente.

#### **Artículo 1250.**

Toda declaración o acto del destinatario que revele conformidad con la oferta constituirá aceptación; pero no el silencio o la inacción por sí solos.

La aceptación adquiere efectividad en el momento en que llegue al oferente.

La aceptación no surtirá efecto cuando no llegue dentro del plazo fijado en la oferta; o si no hubiese fijado ninguno, dentro del que resulte razonable por las circunstancias de la negociación y las características de los medios de comunicación empleados por el oferente.

La aceptación de una oferta verbal tendrá que efectuarse en el acto, a menos que de ella o de las circunstancias se infiera otra cosa.

El comienzo de la ejecución de un contrato por el destinatario de una oferta constituirá aceptación sin necesidad de comunicación al oferente cuando así proceda en virtud de la oferta, de las prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas o de los usos de los negocios, y tal aceptación se haya realizado en los plazos establecidos en el párrafo anterior.

#### **Artículo 1251.**

1. La respuesta a una oferta que contenga adiciones, limitaciones o modificaciones de ésta, se considerará como rechazo de la oferta y constituirá contraoferta.

No obstante, la respuesta que contenga adiciones o modificaciones que no alteren significativamente los términos de la oferta constituirá aceptación, salvo que el oferente hubiera exigido expresamente una aceptación pura y simple o manifieste sin demora su disconformidad.

2. Si se hubiera alcanzado entre comerciantes o profesionales en el ámbito de su común actividad un acuerdo aún no definitivamente documentado y una de las partes hubiera enviado a la otra en un tiempo razonable un escrito de confirmación que contenga adiciones o modificaciones que no alteren significativamente los términos del acuerdo, éstas se integrarán en el contrato, a menos que el destinatario manifieste sin demora justificada su disconformidad.

#### **Artículo 1252.**

Cuando en el proceso de formación del contrato ambas partes hayan utilizado formularios de condiciones generales diferentes, si han llegado a un acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato y las demás condiciones particulares, existirá contrato regido por las condiciones particulares convenidas y aquellas condiciones generales que sean sustancialmente comunes. En lo demás se aplicará lo dispuesto en el artículo 1243 de este Código.

La norma del párrafo anterior no será aplicable cuando una de las partes haya comunicado a la otra sin demora desde que se produjo el acuerdo, su voluntad de no quedar vinculada en otros términos que los previstos en sus condiciones generales.

#### **Artículo 1253.**

La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.

Si la carta o comunicación escrita que contenga una aceptación llega tardíamente, pero en circunstancias tales que demuestran que con su transmisión normal hubiera llegado al oferente en el plazo debido, habrá aceptación a menos que el oferente comunique sin demora al destinatario que considera su oferta caducada.

#### **Artículo 1254.**

La aceptación podrá ser retirada si la comunicación llega al oferente antes de que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

#### **Artículo 1255.**

El contrato queda perfeccionado en el momento en que se hace efectiva la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores.

#### **Artículo 1256.**

Ni la oferta ni la aceptación pierden su eficacia por la muerte o por la incapacidad sobrevenida de una de las partes ni tampoco por la extinción de las facultades representativas de quien las hizo.

Se exceptúan los casos en que resulte lo contrario de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias.

#### **Artículo 1257.**

A los efectos de este Capítulo, para entender que una comunicación ha llegado a su destinatario, basta que haya llegado al lugar que tenga designado para ello, a su establecimiento o a su domicilio.

#### **Artículo 1258.**

El contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Los contratos a distancia en que intervenga un consumidor se entenderán celebrados en el lugar donde éste tenga su residencia habitual.

#### **Artículo 1259.**

Una o ambas partes pueden facultar a la otra parte o a cualquiera de ellas para decidir, en el plazo o condiciones estipuladas, mediante comunicación al otro contratante la entrada en vigor del contrato prometido. Si éste estuviera sujeto por ley a especiales requisitos de forma, de capacidad o de poder, serán aplicables a la promesa.

### **Sección Tercera. Otros procedimientos de formación del contrato**

#### **Artículo 1260.**



1. En los supuestos de formación de contrato distinto de los regulados en la Sección anterior se aplicarán, en lo pertinente, las reglas contenidas en dicha Sección a las diversas declaraciones que se hubieran realizado en el marco de la negociación.

2. En las subastas y concursos convocados para celebrar un contrato, sólo se entenderá éste celebrado cuando haya recaído la aprobación o adjudicación del convocante, salvo que otra cosa se establezca expresamente en la convocatoria o resulte de los usos. La inobservancia por éste de las reglas de la convocatoria o su posterior modificación podrá dar lugar a la indemnización a que se refiere el segundo inciso del apartado 5 del artículo 1245.

# **CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS**

## **Parte I Ámbito de aplicación y disposiciones generales**

### **Capítulo I ÁMBITO DE APLICACIÓN**

#### **Artículo 4**

La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:

- a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso;
- b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

#### **Artículo 6**

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

### **Capítulo II DISPOSICIONES GENERALES**

#### **Artículo 7**

1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

## **Artículo 8**

1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.

2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

## **Artículo 9**

1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

## **Artículo 13**

A los efectos de la presente Convención, la expresión “por escrito” comprende el telegrama y el télex.

## **Parte II Formación del contrato**

## **Artículo 14**

1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para

determinarlos.

2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

#### **Artículo 15**

1) La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario.

2) La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

#### **Artículo 16**

1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación.

2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o

b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

#### **Artículo 17**

La oferta, aun cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente.

#### **Artículo 18**

1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación.

2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la

rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente.

## **Artículo 19**

1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

## **Artículo 20**

1) El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario.

2) Los días feriados oficiales o no laborables no se excluirán del cómputo del plazo de aceptación. Sin embargo, si la comunicación de aceptación no pudiere

ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente.

#### **Artículo 21**

1) La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.

2) Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido.

#### **Artículo 22**

La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

#### **Artículo 23**

El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención.

#### **Artículo 24**

A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención “llega” al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

# **PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS**

## **COMERCIALES INTERNACIONALES 2004**

### **PREÁMBULO**

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

### **CAPÍTULO 1 – DISPOSICIONES GENERALES**

#### **ARTÍCULO 1.1** (*Libertad de contratación*)

Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

#### **ARTÍCULO 1.2** (*Libertad de forma*)

Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos.

#### **ARTÍCULO 1.3** (*Carácter vinculante de los contratos*)

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.

**ARTÍCULO 1.4** *(Normas de carácter imperativo)*

Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

**ARTÍCULO 1.5** *(Exclusión o modificación de los Principios por las partes)*

Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente.

**ARTÍCULO 1.6** *(Interpretación e integración de los Principios)*

(1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

(2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.

**ARTÍCULO 1.7** *(Buena fe y lealtad negocial)*

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

**ARTÍCULO 1.8** *(Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium)*

Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

**ARTÍCULO 1.9** *(Usos y prácticas)*

(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.



(2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

#### **ARTÍCULO 1.10** *(Notificación)*

(1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.

(2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.

(3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación “llega” al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal.

(4) A los fines de este artículo, la palabra “notificación” incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.

#### **ARTÍCULO 1.11** *(Definiciones)*

A los fines de estos Principios: (...)

– “escrito” incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.

#### **ARTÍCULO 1.12** *(Modo de contar los plazos fijados por las partes)*

(1) Los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro de un plazo fijado por las partes para el cumplimiento de un acto quedarán incluidos a los efectos de calcular dicho plazo.

(2) En todo caso, si el plazo expira en un día que se considera feriado oficial o no laborable en el lugar donde se encuentra el establecimiento de la parte que debe cumplir un acto, el plazo queda prorrogado hasta el día hábil siguiente, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

(3) El uso horario es el del lugar del establecimiento de la parte que fija el plazo, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

### **CAPÍTULO 2—FORMACIÓN Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES**

#### **SECCIÓN 1: FORMACION**

#### **ARTÍCULO 2.1.1** *(Modo de perfección)*

El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.

#### **ARTÍCULO 2.1.2** *(Definición de la oferta)*

Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

#### **ARTÍCULO 2.1.3** *(Retiro de la oferta)*

- (1) La oferta surte efectos cuando llega al destinatario.
- (2) Cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

#### **ARTÍCULO 2.1.4** *(Revocación de la oferta)*

- (1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.
- (2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:
  - (a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o
  - (b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.

#### **ARTÍCULO 2.1.5** *(Rechazo de la oferta)*

La oferta se extingue cuando la notificación de su rechazo llega al oferente.

#### **ARTÍCULO 2.1.6** *(Modo de aceptación)*

- (1) Constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación.
- (2) La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente.
- (3) No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto.

#### **ARTÍCULO 2.1.7** *(Plazo para la aceptación)*

La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

#### **ARTÍCULO 2.1.8** *(Aceptación dentro de un plazo fijo)*

El plazo de aceptación fijado por el oferente comienza a correr desde el momento de expedición de la oferta. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, se presume que la fecha que indica la oferta es la de expedición.

#### **ARTÍCULO 2.1.9** *(Aceptación tardía. Demora en la transmisión)*

(1) No obstante, la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido.

(2) Si la comunicación que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación surtirá efecto a menos que, sin demora injustificada, el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado.

#### **ARTÍCULO 2.1.10** *(Retiro de la aceptación)*

La aceptación puede retirarse si su retiro llega al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación haya surtido efecto.

#### **ARTÍCULO 2.1.11** *(Aceptación modificada)*

(1) La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta.

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

#### **ARTÍCULO 2.1.12** *(Confirmación por escrito)*

Si dentro de un plazo razonable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere términos adicionales o diferentes, éstos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete la discrepancia.

#### **ARTÍCULO 2.1.13** *(Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular)*

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo.

#### **ARTÍCULO 2.1.14** *(Contrato con términos “abiertos”)*

(1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato.

(2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad:

- (a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o
- (b) el tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

#### **ARTÍCULO 2.1.15** *(Negociaciones de mala fe)*

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

#### **ARTÍCULO 2.1.16** *(Deber de confidencialidad)*

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

**ARTÍCULO 2.1.17** (*Cláusulas de integración*)

Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.

**ARTÍCULO 2.1.18** (*Modificación en una forma en particular*)

Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos.

**ARTÍCULO 2.1.19** (*Contratación con cláusulas estándar*)

(1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.1.20 al 2.1.22.

(2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.

**ARTÍCULO 2.1.20** (*Cláusulas sorprendentes*)

(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.

(2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

**ARTÍCULO 2.1.2** (*Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar*)

En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última.

#### **ARTÍCULO 2.1.22** (*Conflicto entre formularios*)

Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato.

### **CAPÍTULO 3 - VALIDEZ**

#### **ARTÍCULO 3.1** (*Cuestiones excluidas*)

Estos Principios no se ocupan de la invalidez del contrato causada por:

- (a) falta de capacidad;
- (b) inmoralidad o ilegalidad.

#### **ARTÍCULO 3.2** (*Validez del mero acuerdo*)

Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional.

#### **ARTÍCULO 3.3** (*Imposibilidad inicial*)

(1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída.

(2) Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato.

# **PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO**

## **CAPITULO I DISPOSICIONES GENERALES**

### **Sección 1: Ámbito y objeto de los principios**

#### **Artículo 1:101: Aplicación de los principios**

(1) Los presentes principios tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales del Derecho de los contratos en la Unión europea.

(2) Serán de aplicación cuando las partes hayan acordado incorporarlos al contrato o someter su contrato a los mismos.

(3) También podrán aplicarse cuando las partes:

(a) Hayan convenido que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o hayan utilizado expresiones similares.

(b) No hayan escogido ningún sistema o normativa legal que deba regir su contrato.

(4) Los presentes principios pueden aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable.

#### **Artículo 1:102: Libertad contractual**

(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios.

(2) Las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa.

#### **Artículo 1:103: Normas imperativas**

(1) Cuando el Derecho en otro caso aplicable lo permita, las partes pueden optar por regir su contrato conforme a los presentes principios, excluyendo así la aplicación del Derecho imperativo nacional.

(2) No obstante, deberán respetarse las normas imperativas del Derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables según las normas de Derecho internacional privado, con independencia de la normativa que rija el contrato.

#### **Artículo 1:105: Usos y prácticas**

- (1) Las partes quedan sujetas a los usos que hayan aceptado y a las prácticas entre ellas establecidas.
- (2) Quedan asimismo sujetas a todo uso que cualquier persona en la misma situación consideraría generalmente aplicable, salvo aquellos casos en los que su aplicación no fuera razonable.

#### **Artículo 1:106: Interpretación e integración**

- (1) Los presentes principios deberán interpretarse y desarrollarse de acuerdo con sus objetivos. En especial deberá atenderse a la necesidad de favorecer la buena fe, la seguridad en las relaciones contractuales y la uniformidad de aplicación.
- (2) Las cuestiones que tengan cabida en el campo de aplicación de estos principios pero que no estén expresamente resueltas en ellos, se solventarán en lo posible de acuerdo con las ideas en que se basan los principios. En su defecto, se aplicará la normativa que corresponda conforme a las normas de Derecho internacional privado.

#### **Artículo 1:107: Aplicación analógica de los principios**

Los presentes principios se aplican, con las oportunas modificaciones, a los acuerdos de modificación o de extinción de un contrato, a las promesas unilaterales y a cualesquiera otras declaraciones y conductas que demuestren intención.

### **Sección 2: Deberes generales**

#### **Artículo 1:201: Buena fe contractual**

- (1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe.
- (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

#### **Artículo 1:202: Deber de colaboración**

Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos.

### **Sección 3: Terminología y otras disposiciones**

#### **Artículo 1:301: Definiciones**

En los presentes principios y salvo que el contexto requiera otra cosa: (...)



(5) Un elemento o cuestión será “sustancial” cuando cualquier persona razonable que se hallara en la misma situación que las partes, debiera entender que iba a influir en el otro contratante en su decisión de aceptar las condiciones propuestas o de celebrar el contrato en sí.

(6) Las declaraciones por “escrito” incluyen las comunicaciones hechas por telegrama, télex, fax y correo electrónico, así como cualquier otro medio de comunicación que permita la grabación y lectura de su contenido a ambas partes contratantes.

#### **Artículo 1:302: Definición de lo razonable**

Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.

#### **Artículo 1:303: Comunicaciones**

(1) Una comunicación puede hacerse de cualquier forma adecuada a las circunstancias, ya sea por escrito o por cualquier otro medio.

(2) A salvo los casos previstos en los apartados (4) y (5), una comunicación surte efecto cuando llega a su destinatario.

(3) Una comunicación llega a su destinatario cuando se le entrega, cuando se entrega en su establecimiento o en su dirección postal o, en caso de no tener establecimiento ni dirección postal, cuando se entrega en el lugar de su residencia habitual.

(4) Una comunicación convenientemente hecha o remitida a la otra parte como consecuencia del incumplimiento de ésta última o ante un probable incumplimiento de la misma, no deja de surtir efecto aun en situaciones de retraso, de inexactitudes en su transmisión o incluso cuando no llegara a su destino. Los efectos de la comunicación se entenderán producidos a partir del momento en que, en condiciones normales, habría llegado a su destino.

(5) Una comunicación no surte efecto alguno si su destinatario hubiera recibido previamente o al mismo tiempo una revocación de la misma.

(6) En el presente artículo el término “comunicación” incluye promesas, declaraciones, ofertas, aceptaciones, demandas, solicitudes o cualquier otro contenido.

### **Artículo 1:304: Cómputo de los plazos**

(1) Cuando una parte fije un plazo en un documento escrito para que su destinatario responda o lleve a cabo alguna cosa, dicho plazo comenzará a contar desde la fecha señalada como fecha de emisión del documento. Si tal fecha no constara, el plazo empezará a contar en el momento en que el documento haya llegado a su destinatario.

(2) Los días festivos y los no laborables transcurridos en dicho período se incluyen en el cómputo. Sin embargo, si el plazo termina en un día festivo o no laborable en el lugar de la dirección del destinatario o en el lugar en que deba cumplirse un determinado acto obligatorio, dicho plazo se prorroga hasta el siguiente día laborable en dicho lugar.

(3) Cuando los plazos se expresan en días, semanas, meses o años, se empiezan a contar a las cero horas del día siguiente y terminan a las veinticuatro horas del último día del plazo; pero cuando la parte que fijó el plazo deba recibir una respuesta o cuando deba llevarse a cabo cualquier otro acto, deberá respetarse la hora habitual del cierre del negocio del último día del plazo en el lugar correspondiente.

## **Capítulo 2 Formación**

### **Sección 1: Disposiciones generales**

#### **Artículo 2:101: Condiciones para la conclusión de un contrato**

(1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando

(a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y

(b) alcanzan un acuerdo suficiente.

(2) El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical.

#### **Artículo 2:102: Intención**

La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte.

#### **Artículo 2:103: Acuerdo suficiente**

Un acuerdo se considera suficiente:

- (a) Si las partes han definido sus cláusulas de manera suficiente para que el contrato pueda ejecutarse.
  - (b) O si [su contenido] puede determinarse conforme a los presentes principios.
- (2) No obstante, si una de las partes se niega a concluir un contrato en tanto no haya acuerdo entre los contratantes sobre una cuestión concreta, el contrato no existirá hasta que no se alcance un acuerdo sobre dicho aspecto.

**Artículo 2:104:** Términos no negociados de manera individual

- (1) Los términos de un contrato que no hayan sido objeto de negociación individual sólo podrán oponerse contra una parte que no tuviera conocimiento de ellos cuando la parte que los invoca hubiera adoptado medidas suficientes para que la otra parte repare en ellos antes de la conclusión del contrato o en el momento de dicha conclusión.
- (2) La mera referencia en el texto del contrato a una cláusula, no es suficiente para considerar que se ha destacado de manera conveniente, aunque la otra parte haya firmado el documento.

**Sección 2: Oferta y aceptación**

**Artículo 2:201:** Oferta

- (1) Una propuesta equivale a una oferta cuando:
- (a) su finalidad es convertirse en un contrato en caso de aceptación por la otra parte, y
  - (b) contiene términos lo suficientemente precisos para constituir un contrato.
- (2) La oferta puede dirigirse a una o varias personas determinadas o al público.
- (3) La propuesta hecha por un profesional, en anuncios, por catálogo o mediante la exposición de mercancías, de suministrar bienes o servicios a un precio determinado, se entiende como oferta de vender o de suministrar al precio indicado hasta que se agoten las mercancías almacenadas o la capacidad del profesional de prestar el servicio.

**Artículo 2:202:** Revocación de la oferta

(1) La oferta puede revocarse si la revocación llega a su destinatario antes de que éste haya remitido su aceptación o, en los casos de aceptación derivada de una conducta, antes de que el contrato nazca en virtud de los apartados (2) ó (3) del artículo 2:205.

(2) Una oferta hecha al público puede revocarse por los mismos medios empleados para hacer dicha oferta.

(3) Sin embargo, la revocación no surtirá efectos:

(a) si la oferta indica que es irrevocable,

(b) o fija un plazo determinado para su aceptación,

(c) o si su destinatario podía creer de manera razonable que se trataba de una oferta irrevocable y hubiera actuado en función de dicha oferta.

#### **Artículo 2:203: Rechazo**

Cuando el oferente recibe un rechazo de la oferta, ésta caduca.

#### **Artículo 2:204: Aceptación**

(1) Toda declaración o conducta del destinatario de la oferta que indique conformidad con ella constituye una aceptación.

(2) El silencio o la inactividad no constituyen aceptación por sí mismos.

#### **Artículo 2:205: Momento de la conclusión del contrato**

(1) Si el destinatario de la oferta comunica su aceptación, el contrato se entiende celebrado desde que la aceptación llega al oferente.

(2) En el caso de una aceptación derivada de una conducta, el contrato se entiende celebrado desde que el oferente tenga noticia de dicha conducta.

(3) Si el destinatario, en virtud de la oferta, de prácticas establecidas entre las partes o de un uso, puede aceptar dicha oferta mediante el cumplimiento de un acto sin necesidad de comunicarlo al oferente, el contrato se entiende concluido desde que se inicia el cumplimiento de ese acto.

#### **Artículo 2:206: Plazo de aceptación**

(1) Para que la aceptación de una oferta tenga efecto, debe llegar al oferente en el plazo dispuesto por él.

(2) Si el oferente no hubiera dispuesto plazo alguno, la aceptación debe llegarle en un plazo razonable.

(3) Cuando se acepta una oferta cumpliendo un acto conforme al artículo 2:205(3), dicho acto debe llevarse a cabo dentro del plazo fijado por el oferente para aceptar la oferta y, en defecto de plazo, en un plazo razonable.

**Artículo 2:207: Aceptación tardía**

(1) No obstante, una aceptación tardía valdrá como verdadera aceptación si el oferente, sin demora, comunica al destinatario que la admite como tal.

(2) Una carta u otro escrito que contenga una aceptación tardía y que demuestre que se envió en tales circunstancias que, de haber sido normalmente remitido, hubiera llegado a tiempo al oferente, surtirá efectos como verdadera aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe al destinatario que considera que su oferta ha caducado.

**Artículo 2:208: Aceptación con modificaciones**

(1) Toda respuesta del destinatario que estipule o implique nuevos o diferentes términos que alteren de manera esencial los términos de la oferta constituye un rechazo de la oferta inicial y, a su vez, una nueva oferta.

(2) Una respuesta clara de aceptación de la oferta, aun cuando estipule o implique nuevos o diferentes términos, se entenderá como verdadera aceptación en tanto esas modificaciones no alteren de manera esencial los términos de la oferta. En tal caso, los nuevos términos o los términos modificados pasan a formar parte del contrato.

(3) No obstante, una respuesta de este tipo se considera un rechazo a la oferta si:

(a) La oferta limita expresamente la aceptación a los términos previstos en ella.

(b) El oferente se opone sin demora a los nuevos términos o a los términos modificados.

(c) O si el destinatario condiciona su aceptación al hecho de que el oferente acepte los nuevos términos o los términos modificados y el acuerdo del oferente no llegara al destinatario en un plazo razonable.

**Artículo 2:209: Incompatibilidad entre condiciones generales**

(1) Si las partes han llegado a un acuerdo, el contrato existe aun cuando la oferta y la aceptación se remitan a condiciones generales incompatibles. Las condiciones generales formarán parte del contrato en la medida en que coincida su contenido esencial.

(2) Sin embargo, no habrá contrato si alguna de las partes:

(a) hubiera indicado previamente, de manera explícita, y no por medio de las condiciones generales, que no se considerará obligada por un contrato basado en el apartado (1); o

(b) informa a la otra parte, sin demora, que no se considera obligada por tal contrato.

(3) Las condiciones generales del contrato son cláusulas que han sido redactadas de antemano para una pluralidad de contratos de cierta clase, y que no han sido negociadas de manera individual entre las partes.

#### **Artículo 2:210: Confirmación escrita de un profesional**

En el caso de un contrato celebrado entre profesionales que no se plasme en un documento final, si una de las partes envía a la otra sin demora y a modo de confirmación del contrato un escrito conteniendo nuevos o diferentes términos, éstos pasarán a formar parte del contrato salvo que:

(a) tales términos alteren de manera esencial el contenido del contrato, o

(b) el destinatario se oponga a ellos sin demora.

#### **Artículo 2:211: Contratos no concluidos mediante oferta y aceptación**

Las reglas de la presente sección se aplicarán, con las necesarias adaptaciones, incluso cuando el proceso de conclusión del contrato no pudiera analizarse en términos de oferta y aceptación.

### **Sección 3: Responsabilidad en las negociaciones**

#### **Artículo 2:301: Negociaciones contrarias a la buena fe**

(1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

(3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte.

#### **Artículo 2:302: Quiebra de la confidencialidad**

Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha

información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte.

**PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF**  
**EUROPEAN PRIVATE LAW**

**DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR)**

**BOOK I - GENERAL PROVISIONS**

**I.- 1:103: Good faith and fair dealing**

(1) The expression “good faith and fair dealing” refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question.

(2) It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party’s prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party’s detriment.

**I.- 1:104: Reasonableness**

Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices.

**I.- 1:109: Notice**

(1) This Article applies in relation to the giving of notice for any purpose under these rules. “Notice” includes the communication of information or of a juridical act.

(2) The notice may be given by any means appropriate to the circumstances.

(3) The notice becomes effective when it reaches the addressee, unless it provides for a delayed effect.

(4) The notice reaches the addressee:

(a) when it is delivered to the addressee;

(b) when it is delivered to the addressee’s place of business or, where there is no such place of business or the notice does not relate to a business matter, to the addressee’s habitual residence;

(c) in the case of a notice transmitted by electronic means, when it can be accessed by the addressee; or



- (d) when it is otherwise made available to the addressee at such a place and in such a way that the addressee could reasonably be expected to obtain access to it without undue delay.
- (5) The notice has no effect if a revocation of it reaches the addressee before or at the same time as the notice.
- (6) Any reference in these rules to a notice given by or to a person includes a notice given by or to an agent of that person who has authority to give or receive it.
- (7) In relations between a business and a consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the rule in paragraph (4)(c) or derogate from or vary its effects.

#### **I.- 1:110: Computation of time**

- (1) The provisions of this Article apply in relation to the computation of time for any purpose under these rules.
- (2) Subject to the following provisions of this Article:
  - (a) a period expressed in hours starts at the beginning of the first hour and ends with the expiry of the last hour of the period;
  - (b) a period expressed in days starts at the beginning of the first hour of the first day and ends with the expiry of the last hour of the last day of the period;
  - (c) a period expressed in weeks, months or years starts at the beginning of the first hour of the first day of the period, and ends with the expiry of the last hour of whichever day in the last week, month or year is the same day of the week, or falls on the same date, as the day from which the period runs; with the qualification that if, in a period expressed in months or in years, the day on which the period should expire does not occur in the last month, it ends with the expiry of the last hour of the last day of that month;
  - (d) if a period includes part of a month, the month is considered to have thirty days for the purpose of calculating the length of the part.
- (3) Where a period is to be calculated from a specified event or action, then:
  - (a) if the period is expressed in hours, the hour during which the event occurs or the action takes place is not considered to fall within the period in question; and
  - (b) if the period is expressed in days, weeks, months or years, the day during which the event occurs or the action takes place is not considered to fall within the period in question.
- (4) Where a period is to be calculated from a specified time, then:
  - (a) if the period is expressed in hours, the first hour of the period is considered to begin at the specified time; and

(b) if the period is expressed in days, weeks, months or years, the day during which the specified time arrives is not considered to fall within the period in question.

(5) The periods concerned include Saturdays, Sundays and public holidays, save where these are expressly excepted or where the periods are expressed in working days.

(6) Where the last day of a period expressed otherwise than in hours is a Saturday, Sunday or public holiday at the place where a prescribed act is to be done, the period ends with the expiry of the last hour of the following working day. This provision does not apply to periods calculated retroactively from a given date or event.

(7) Any period of two days or more is regarded as including at least two working days.

(8) Where a person sends another person a document which sets a period of time within which the addressee has to reply or take other action but does not state when the period is to begin, then, in the absence of indications to the contrary, the period is calculated from the date stated as the date of the document or, if no date is stated, from the moment the document reaches the addressee.

(9) In this Article:

(a) “public holiday” with reference to a member state, or part of a member state, of the European Union means any day designated as such for that state or part in a list published in the official journal; and

(b) “working days” means all days other than Saturdays, Sundays and public holidays.

## **BOOK II - CONTRACTS AND OTHER JURIDICAL ACTS**

### **CHAPTER I: GENERAL PROVISIONS**

#### **II.- 1:102: Party autonomy**

(1) Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules.

(2) Parties may exclude the application of any of the following rules relating to contracts or other juridical acts, or the rights and obligations arising from them, or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided.

(3) A provision to the effect that parties may not exclude the application of a rule or derogate from or vary its effects does not prevent a party from waiving a right which has already arisen and of which that party is aware.

#### **II.- 1:103: Binding effect**

- (1) A valid contract is binding on the parties.
- (2) A valid unilateral undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance.
- (3) This Article does not prevent modification or termination of any resulting right or obligation by agreement between the debtor and creditor or as provided by law.

## **II.- 1:104: Usages and practices**

- (1) The parties to a contract are bound by any usage to which they have agreed and by any practice they have established between themselves.
- (2) The parties are bound by a usage which would be considered generally applicable by persons in the same situation as the parties, except where the application of such usage would be unreasonable.
- (3) This Article applies to other juridical acts with any necessary adaptations.

## **II.- 1:109: Standard terms**

A “standard term” is a term which has been formulated in advance for several transactions involving different parties and which has not been individually negotiated by the parties.

## **II.- 1:110: Terms “not individually negotiated”**

- (1) A term supplied by one party is not individually negotiated if the other party has not been able to influence its content, in particular because it has been drafted in advance, whether or not as part of standard terms.
- (2) If one party supplies a selection of terms to the other party, a term will not be regarded as individually negotiated merely because the other party chooses that term from that selection.
- (3) If it is disputed whether a term supplied by one party as part of standard terms has since been individually negotiated, that party bears the burden of proving that it has been.
- (4) In a contract between a business and a consumer, the business bears the burden of proving that a term supplied by the business has been individually negotiated.
- (5) In contracts between a business and a consumer, terms drafted by a third person are considered to have been supplied by the business, unless the consumer introduced them to the contract.

## **CHAPTER 4: FORMATION**

## **SECTION 1: GENERAL PROVISIONS**

### **II.- 4:101: Requirements for the conclusion of a contract**

A contract is concluded, without any further requirement, if the parties:

- (a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and
- (b) reach a sufficient agreement.

### **II.- 4:102: How intention is determined**

The intention of a party to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party.

### **II.- 4:103: Sufficient agreement**

(1) Agreement is sufficient if:

(a) the terms of the contract have been sufficiently defined by the parties for the contract to be given effect; or

(b) the terms of the contract, or the rights and obligations of the parties under it, can be otherwise sufficiently determined for the contract to be given effect.

(2) If one of the parties refuses to conclude a contract unless the parties have agreed on some specific matter, there is no contract unless agreement on that matter has been reached.

## **SECTION 2: OFFER AND ACCEPTANCE**

### **II.- 4:201: Offer**

(1) A proposal amounts to an offer if:

(a) it is intended to result in a contract if the other party accepts it; and

(b) it contains sufficiently definite terms to form a contract.

(2) An offer may be made to one or more specific persons or to the public.

(3) A proposal to supply goods from stock, or a service, at a stated price made by a business in a public advertisement or a catalogue, or by a display of goods, is treated, unless the circumstances indicate otherwise, as an offer to supply at that price until the stock of goods, or the business's capacity to supply the service, is exhausted.

## **II.- 4:202: Revocation of offer**

- (1) An offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before the offeree has dispatched an acceptance or, in cases of acceptance by conduct, before the contract has been concluded.
- (2) An offer made to the public can be revoked by the same means as were used to make the offer.
- (3) However, a revocation of an offer is ineffective if:
  - (a) the offer indicates that it is irrevocable;
  - (b) the offer states a fixed time for its acceptance; or
  - (c) it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.
- (4) Paragraph (3) does not apply to an offer if the offeror would have a right under any rule in Books II to IV to withdraw from a contract resulting from its acceptance. The parties may not, to the detriment of the offeror, exclude the application of this rule or derogate from or vary its effects.

## **II.- 4:203: Rejection of offer**

When a rejection of an offer reaches the offeror, the offer lapses.

## **II.- 4:204: Acceptance**

- (1) Any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer.
- (2) Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

## **II.- 4:205: Time of conclusion of the contract**

- (1) If an acceptance has been dispatched by the offeree the contract is concluded when the acceptance reaches the offeror.
- (2) In the case of acceptance by conduct, the contract is concluded when notice of the conduct reaches the offeror.
- (3) If by virtue of the offer, of practices which the parties have established between themselves, or of a usage, the offeree may accept the offer by doing an act without notice to the offeror, the contract is concluded when the offeree begins to do the act.

## **II.- 4:206: Time limit for acceptance**

- (1) An acceptance of an offer is effective only if it reaches the offeror within the time fixed by the offeror.
- (2) If no time has been fixed by the offeror the acceptance is effective only if it reaches the offeror within a reasonable time.
- (3) Where an offer may be accepted by performing an act without notice to the offeror, the acceptance is effective only if the act is performed within the time for acceptance fixed by the offeror or, if no such time is fixed, within a reasonable time.

## **II.- 4:207: Late acceptance**

- (1) A late acceptance is nonetheless effective as an acceptance if without undue delay the offeror informs the offeree that it is treated as an effective acceptance.
- (2) If a letter or other communication containing a late acceptance shows that it has been dispatched in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without undue delay, the offeror informs the offeree that the offer is considered to have lapsed.

## **II.- 4:208: Modified acceptance**

- (1) A reply by the offeree which states or implies additional or different terms which materially alter the terms of the offer is a rejection and a new offer.
- (2) A reply which gives a definite assent to an offer operates as an acceptance even if it states or implies additional or different terms, provided these do not materially alter the terms of the offer. The additional or different terms then become part of the contract.
- (3) However, such a reply is treated as a rejection of the offer if:
  - (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;
  - (b) the offeror objects to the additional or different terms without undue delay; or
  - (c) the offeree makes the acceptance conditional upon the offeror's assent to the additional or different terms, and the assent does not reach the offeree within a reasonable time.

## **II.- 4:209: Conflicting standard terms**

(1) If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting standard terms, a contract is nonetheless formed. The standard terms form part of the contract to the extent that they are common in substance.

(2) However, no contract is formed if one party:

(a) has indicated in advance, explicitly, and not by way of standard terms, an intention not to be bound by a contract on the basis of paragraph (1); or

(b) without undue delay, informs the other party of such an intention.

## **II.- 4:210: Formal confirmation of contract between businesses**

If businesses have concluded a contract but have not embodied it in a final document, and one without undue delay sends the other a notice in textual form on a durable medium which purports to be a confirmation of the contract but which contains additional or different terms, such terms become part of the contract unless:

(a) the terms materially alter the terms of the contract; or

(b) the addressee objects to them without undue delay.

## **II.- 4:211: Contracts not concluded through offer and acceptance**

The rules in this Section apply with appropriate adaptations even though the process of conclusion of a contract cannot be analysed into offer and acceptance.

# **PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA**

## **Parte II: Carácter vinculante de un contrato**

### **Capítulo 3 - Celebración del contrato**

#### **Artículo 30** Requisitos para la celebración del contrato

1. El contrato se habrá celebrado si:
  - (a) las partes alcanzan un acuerdo;
  - (b) las partes tienen la intención de que el acuerdo tenga efecto jurídico; y
  - (c) el acuerdo, completado en su caso por reglas de la normativa común de compraventa europea, tiene el contenido y la certeza suficientes como para que se le dote de efecto jurídico.
2. El acuerdo se alcanzará por la aceptación de una oferta. La aceptación podrá hacerse de forma explícita o por otras declaraciones o conductas.
3. La intención de las partes de que el acuerdo tenga efecto jurídico se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta.
4. Cuando una de las partes haga del acuerdo sobre alguna materia específica un requisito para la celebración del contrato, solo existirá contrato si se alcanza un acuerdo sobre dicha materia.

#### **Artículo 31** Oferta

1. Una propuesta constituirá una oferta contractual si:
  - (a) su finalidad es dar lugar a la celebración de un contrato cuando sea aceptada; y
  - (b) tiene el contenido y la certeza suficientes como para que exista contrato.
2. La oferta podrá dirigirse a una o varias personas determinadas.
3. Una propuesta presentada al público no constituirá una oferta, salvo que las circunstancias indiquen lo contrario.

#### **Artículo 32** Revocación de la oferta

1. Las ofertas podrán revocarse si la revocación llega a su destinatario antes de que este haya remitido su aceptación o, en los casos de aceptación derivada de una conducta, antes de que el contrato se haya celebrado.
2. Cuando una propuesta presentada al público sea una oferta, podrá revocarse por los mismos medios por los que fue presentada.
3. La revocación de una oferta no surtirá efecto si:



- (a) la oferta indica que es irrevocable;
- (b) la oferta establece un plazo determinado para su aceptación; o
- (c) su destinatario tuviera motivos razonables para pensar que se trataba de una oferta irrevocable y hubiera actuado en consecuencia.

#### **Artículo 33 Rechazo de la oferta**

La oferta se extinguirá cuando el ofertante reciba el rechazo de la misma.

#### **Artículo 34 Aceptación**

1. Constituirá aceptación cualquier declaración o conducta del destinatario de la oferta que indique conformidad con ella.
2. El silencio o la falta de actuación no constituirán por sí mismos aceptación.

#### **Artículo 35 Momento de la celebración del contrato**

1. Cuando el destinatario de la oferta envía su aceptación, el contrato se habrá celebrado en el momento de su recepción por parte del ofertante.
2. Cuando la aceptación de una oferta se deriva de la conducta del destinatario, el contrato se habrá celebrado en el momento en que el ofertante tenga noticia de dicha conducta.
3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, cuando, en virtud de la oferta, de las prácticas establecidas entre las partes o de un uso determinado, el destinatario puede aceptar la oferta mediante una conducta y sin necesidad de comunicarlo al ofertante, el contrato se habrá celebrado en el momento en que el destinatario empiece a actuar.

#### **Artículo 36 Plazo de aceptación**

1. Para que la aceptación de una oferta tenga efecto, el ofertante deberá recibirla en el plazo establecido por él en la oferta.
2. Si el ofertante no hubiera dispuesto ningún plazo, deberá recibir la aceptación en un plazo razonable después de que se haga la oferta.
3. Cuando una oferta se pueda aceptar mediante la realización de un acto y sin necesidad de comunicarlo al ofertante, para que la aceptación sea efectiva, dicho acto deberá llevarse a cabo bien dentro del plazo establecido por el ofertante o, si no se ha establecido ningún plazo, dentro de un margen de tiempo razonable.

#### **Artículo 37 Aceptación tardía**

1. La aceptación tardía de una oferta será válida si el ofertante comunica al destinatario, sin demora indebida, que la considera una aceptación válida.
2. Cuando una carta u otra comunicación contenga una aceptación tardía y pueda demostrarse que se envió en tales circunstancias que, si la transmisión se hubiera producido de forma normal, hubiera llegado al ofertante dentro del plazo establecido, se considerará una aceptación válida a menos que el ofertante informe al destinatario sin demora indebida la oferta se ha extinguido.

### **Artículo 38** Aceptación con modificaciones

1. Una respuesta del destinatario que establezca o implique cláusulas contractuales adicionales o diferentes que alteren en lo esencial los términos de la oferta constituirá un rechazo de la oferta inicial y una nueva oferta.
2. La presencia de cláusulas contractuales adicionales o diferentes relacionadas, entre otras cosas, con el precio, el pago, la calidad y cantidad de los bienes, el momento y lugar de la entrega, el alcance de la responsabilidad de una de las partes respecto a la otra o la resolución de litigios se supondrá que altera en lo esencial los términos de la oferta.
3. Una respuesta de aceptación definitiva de una oferta, aun cuando establezca o implique cláusulas contractuales adicionales o diferentes, se entenderá como aceptación válida en tanto dichas cláusulas no alteren en lo esencial los términos de la oferta. En tal caso, las cláusulas adicionales o diferentes pasarán a formar parte del contrato.
4. Una respuesta que establezca o implique cláusulas contractuales adicionales o diferentes constituirá siempre un rechazo de la oferta si:
  - (a) la oferta limita expresamente la aceptación a los términos de la misma;
  - (b) el ofertante se opone sin demora indebida a las cláusulas adicionales o diferentes; o
  - (c) el destinatario condiciona su aceptación a la aprobación por parte del ofertante de las cláusulas adicionales o diferentes y la aprobación no llega al destinatario en un plazo razonable.

### **Artículo 39** Incompatibilidad de las condiciones generales de contratación

1. Si las partes han alcanzado un acuerdo, se habrá celebrado un contrato aun cuando la oferta y su aceptación se refieran a condiciones generales de contratación incompatibles. Las condiciones generales de contratación formarán parte del contrato en la medida en que su contenido coincida en lo fundamental.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, no se considerará que se haya celebrado un contrato si alguna de las partes:

- (d) hubiera indicado previamente, de manera explícita y no a través de las condiciones generales de contratación, que no se considerará obligada por un contrato de la manera que dispone el apartado 1; o
- (e) informa a la otra parte al respecto sin demora indebida.